Rechtliche Natur des Mäklervertrages

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der

Universität Rostock

vorgelegt von

Walter Kempke

Referendar

Rostock
Carl Hinstorffs Hofbuchdruckerei
1929

Referent: Professor Dr. Henle.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

§ 1. A. Geschichtliche Entwicklung des Mäklerwesens . . . 1
§ 2. B. Abgrenzung des Handelsmäklers vom Zivilmäkler . 4
§ 3. C. Sonstige Regelung im geltenden deutschen Reichsrecht 9

I. Teil.

§ 4. Bisherige Anschauungen über die rechtliche Natur des Mäklervertrages 11

II. Teil.

Rechtliche Natur des Mäklervertrages im geltenden Recht

A. Rechtliche Natur des Zivilmäklervertrages.

§ 5. 1. Gruppen der Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäft . 16
2. Eingruppierung des Mäklervertrages.
§ 6. a) Der Mäklervertrag ist kein einseitiges Schuldversprechen 18
§ 7. b) Ist der Mäklervertrag ein gegenseitiger Vertrag? 19
§ 8. c) Ist der Mäklervertrag ein einseitiger Vertrag? . 30
§ 9. d) Der Mäklervertrag ist ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag 33
§ 10. 3. Der Mäklervertrag ist ein besonderer Vertragstypus des BGB. 45
§ 11. B. Rechtliche Natur des Handelsmäklervertrages.
1. Anwendung der Vorschriften des Zivilmäklervertrages 49
2. Besonderheiten der rechtlichen Stellung des Handelsmäklers 51

Literaturverzeichnis.

I. Lehrbücher:

Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 7. Aufl. 1922.
„ Lehrbuch des Handelsrechts. 7. Aufl. 1910.
Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 1902.
Dernburg: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1899.
Ehrenberg: Handbuch für das gesamte Handelsrecht. Bd. 2. 1918.
Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. 1903.
Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. 1923.
Enneccerus-Lehmann: Das Bürgerliche Recht. 2. Aufl. 1901.
Gierke: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht. 2. Aufl. 1926.
Lehmann-Hoeniger: Lehrbuch des Handelsrechts. 1921.
Leonhard: Institutionen des Römischen Rechts. 1894.
Matthiaß: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1900.
Müller-Erzbach: Lehrbuch des Deutschen Handelsrechts. 1921.
v. Tuhr: Allgemeiner Teil des BGB. 1918.
Wendt: Lehrbuch der Pandekten. 1888.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. 7. Aufl. 1891.

II. Kommentare:

Brandt: Das Handelsgesetzbuch. 1911.
Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch auf der Grundlage des BGB. 1899.
Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe. 7. Auflage. 1906.
Foerster-Kann: Kommentar zur Zivilprozeßordnung für das Deutche Reich. 3. Aufl. 1913.
Goldmann: Das Handelsgesetzbuch. 1901.
v. Hahn: Kommentar des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches. 3. Aufl. 1877.
Kuhlenbeck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. 1903.
Meisner: Kommentar zum II. Buch des Bürgerlichen Gesetzbuches von 1898.
Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. und 4. Aufl. 1910.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 1. 4. Aufl. 1923.
„ Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. 3. Aufl. 1907.
Reichsgerichtsräte: Kommentar, das Bürgerliche Gesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. 1923.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12. und 13. Aufl. 1926.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 7. und 8. Aufl. 1912.
Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 12. Aufl. 1925.
Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1923.

III. Abhandlungen und Monographien:

Burchard: Gutachten in den Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentages. Berlin 1897.
Cohen: „Zur Revision des Handelsgesetzbuches." Im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 12.
Crome: Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach Römischem und heutigem Reichsrecht. 1897.
Doerr: „Der Mäklervertrag im BGB." In Seuffert's Blättern für Rechtsanwendung, Bd. 70.
Golaszewski: Grundzüge des zivilrechtlichen Mäklervertrages unter Berücksichtigung seiner historischen Entstehung. Diss. Breslau 1914.
Grünhut: „Mäkler- und Kommissionsgeschäfte." In Endemann's Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, Bd. 3, 1885.
Jacusiel: Das Recht der Mäkler und Agenten. Heft 2. Berlin 1926.
v. Koenig-Fachsenfeld: Der Mäklervertrag im gemeinen Recht. Diss. Tübingen 1896.
Kohler: „Der Ehemakellohn." Im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 12.
Laband: „Die Lehre von den Mäklern mit besonderer Berücksichtigung des Entwurfs zum Deutschen Handelsgesetzbuch." In der Zeitschrift für Deutsches Recht und Deutsche Rechtswissenschaft, Bd. 20.
Lotmar: Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches. 1902.
Neubauer: „Der nichtkaufmännische Mäklervertrag in der Praxis, insbesondere nach dem Allgemeinen Landrecht." Im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 6.
Polazcek: Die rechtliche Natur des Mäklervertrages nach BGB. und HGB. Leipzig, Diss. 1905.
Reuling: „Die Provisionsansprüche der Grundstücksmäkler." In Gruchot's Beiträgen, Bd. 40.

Riesenfeld: „Der Zivilmäkler." In Gruchot's Beiträgen, Bd. 36 und 37.
Riezler: „Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch." In Fischer's Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeßrecht für das Deutsche Reich, Bd. 4. 1900.
Ring: „Der Entwurf eines Gesetzes betreffend die Pflichten des Handelsmäklers." Im Archiv für Allgemeines Deutsches Handelsrecht, Bd. 47.
Rocholl: Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts, Bd. 2. 1885.
Rospatt: „Zwei Streitfragen des Mäklervertrages." In Gruchot's Beiträgen, Bd. 45.
v. Samson-Himmelstjerna: Ist der Mäklervertrag ein einseitig oder zweiseitig verpflichtender Vertrag? Leipzig, Diss. 1909.
Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach Deutschem Privatrecht. 1903.
Tophoff: „Der Mäklervertrag." In Gruchot's Beiträgen, Bd. 17.
Weyler: Die rechtliche Natur des Mäklervertrages nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Rostock, Diss. 1904.
Woltersdorf: Die rechtliche Natur des Mäklervertrages. Berlin, Diss. 1904.

IV. Entwürfe, Materialien, Protokolle.

Dresdner Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse. 1866.
Materialien, die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1899. Bd. 2.
Materialien, die Materialien zum Handelsgesetzbuch. 1897.
Motive, die Motive zu dem Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1896.
Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfes des BGB. Bd. 2. 1898.

V. Entscheidungssammlungen.

Bolze: Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.
Juristische Wochenschrift, Leipzig.
Leipziger Zeitschrift für das Deutsche Recht. Berlin, Leipzig, München.
O.L.G. = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
R.G. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Warneyer: Jahrbuch der Entscheidungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Einleitung.

§ 1.

A) Geschichtliche Entwicklung des Mäklerwesens.

Selbst wenn wir aus früherer Zeit keine Kunde irgend welcher Mäklertätigkeit oder überhaupt von der Existenz der Vermittler hätten, so würden wir trotzdem ihr Dasein zu jeder Zeit bejahen müssen. Der Vermittler ist eine Notwendigkeit für das gesellschaftliche und das wirtschaftliche Leben der Menschen; ohne ihn wäre ein weitere Kreise umfassender Verkehr nicht denkbar, die Entwicklung der menschlichen Gesellschaft müßte stocken[1]). In früherer Zeit dürfte die Tätigkeit der Vermittler noch notwendiger gewesen sein als in der Jetztzeit. Es gibt heute schon so viele Errungenschaften der Wissenschaft und der Technik, die dem Mäkler einen großen Teil seines Tätigkeitsbereiches genommen haben, z. B. durch die Verkehrsmöglichkeiten ist es leichter gemacht, die Geschäfte ohne Vermittlung Dritter selbst zu tätigen, besonders aber durch die Zeitungen. Wünscht man heute einen Vertragsabschluß, so annonciert man in der Zeitung, die von den Interessenten gelesen wird. Diese Erleichterungen gab es jedenfalls in diesem Maßstabe nicht in früherer Zeit.

Die älteste uns bekannte gesetzliche Regelung des Mäklerwesens finden wir im römischen Recht. Im Corpus juris civilis haben wir zwei Stellen, die den Mäklervertrag betreffen: In den Digesten 50, 14 „De proxceneticis" und in dem Codex V 1, 6. „De sponsalibus et arrhis sponcaliciis et proxceneticis". Schon die Bezeichnung des Mäklervertrages als pactum proxceneticum führt zu dem Schluß, daß es auch schon in Griechenland ein ausgebildetes Mäklerwesen gegeben hat; denn außer dieser von den Römern adoptierten Bezeichnungen des Mäklers als „προξενήτης"

1) Dernburg § 337, I.

sind uns auch noch andere Benennungen dieser Personen bekannt, wie „ἑρμηνεὺς, προπώλης“ [2]).

Trotz der dürftigen Regelung des Mäklervertrages im Corpus juris hat allem Anschein nach das Vermittlergewerbe in Rom in hoher Blüte gestanden. In der lex 2 der genannten Digestenstelle wird von den „officinae“ (Büros) der römischen Mäkler gesprochen, was auf genügende Beschäftigung dieses Gewerbes hindeutet. Es wurden Verlobungen, Heiraten, Freundschaften, Vereinigungen zu gemeinschaftlichen Reisen und dergl. vermittelt. Besonders die Heiratsvermittlung dürfte besonders häufig und gewinnreich gewesen sein, da besondere „Prohibitivgesetze“ (C. V. 1, 6) sich als nötig erwiesen, um schamloser Habgier zu steuern [3]).

Im alten deutschen Recht haben wir keine gesetzliche Regelung des Mäklervertrages, wahrscheinlich wegen der Einfachheit der Verhältnisse. Ohne eine reichsgesetzliche Aenderung ist das römische Recht rezipiert worden und gemeines Recht geblieben. Eine wesentliche Umgestaltung erfuhr das Mäklerrecht aber durch die partikulären Rechtsordnungen. Die vollkommene Gewerbefreiheit, um es modern auszudrücken, wurde beseitigt, es wurden zur Vermittlertätigkeit nur noch amtlich bestellte Mäkler zugelassen. „Zeit, Art und Gründe der Umwandlung des Mäklers in eine amtliche Person sind noch nicht genügend aufgehellt“ [4]). Wahrscheinlich haben sich die amtlichen Mäkler entwickelt aus den Urkundspersonen, die mit der „publica fides“ ausgestattet waren. Solche waren nämlich erforderlich wegen des damaligen Beweisverfahrens, nach dem sich jeder von einer Verbindlichkeit durch einen Eid befreien konnte, außer wenn der Vertrag vor Gericht oder einer mit dieser publica fides ausgestatteten Person geschlossen war [5]). Mußten diese aber fast jeden Vertrag beglaubigen, so lag es nahe, ihnen auch aus Gründen der Zweckmäßigkeit die Vermittlung zu übertragen, da sie die Erfahrung und die Kenntnis besaßen. Weiter kam noch hinzu, daß sich viele unlautere Elemente in den Stand der Vermittler hineingedrängt hatten, was zu vielen Klagen Anlaß gab. Aus diesen Gründen erließen die verschiedensten Stadtrechte Mäklerordnungen, in denen

---

2) Grünhut S. 134; v. Koenig-Fachsenfeld S. 22.
3) Laband S. 3.
4) Riesenfeld Bd. 36, S. 795.
5) Grünhut S. 134; Riesenfeld Bd. 36, S. 795.

eine bestimmte Anzahl von Personen zu dem Amt eines Mäklers zugelassen wurden. Als Beamte der Stadt wurden sie besoldet, mußten ihre Einnahmen abliefern. Diesen amtlichen Mäklern wurde das Privileg erteilt, Vermittlungstätigkeit auszuüben. Der Vermittlungstätigkeit der anderen, nichtamtlichen Mäkler, die Bönhasen oder Pfuscher genannt wurden, gewährte man keinen Anspruch auf Lohn, ja sie wurden sogar bestraft. Einige Stadtrechte erklärten sogar die von ihnen vermittelten Geschäfte für ungültig, zuweilen wurden auch die Vertragschließenden mit Strafe bedroht[6]), wodurch die Auftraggeber gezwungen wurden, sich jedesmal das Mäklerpatent vorzeigen zu lassen.

Dieser Zustand dauerte bis zum Erlaß des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches, in dem sich die Idee von der Gewerbefreiheit geltend machte[7]). Das Monopol der amtlichen Mäkler wurde in den Art. 84, 2 und 72, 4 beseitigt; es durch Landesgesetze wiedereinzuführen, wurde aber den Ländern überlassen. Von diesem Recht haben einige Länder Gebrauch gemacht; Baden, Bremen und Hamburg beseitigten aber dies von ihnen anfänglich geschaffene Institut[8]). Aber auch die Möglichkeit der Schaffung eines amtlichen Mäklermonopols wurden den Ländern verschlossen durch die Gewerbeordnung von 1869. § 1 GewO. führte die Gewerbefreiheit ein. Es gab jetzt also die amtlichen Mäkler und die Privatmäkler nebeneinander. Das einzige reichsgesetzliche Vorrecht, das erstere noch behalten hatten, war Art. 77 ADHGB., der den Aufzeichnungen der Handelsmäkler „in der Regel" volle Beweiskraft gab. Aber auch dieses wurde ihnen genommen durch das Einführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung. § 13, 2 hob die volle Beweiskraft ihrer Aufzeichnungen auf, unterstellte auch sie dem Prinzip der freien Beweiswürdigung, und stellte sie somit den Aufzeichnungen der privaten Mäkler gleich. Fehlte den amtlichen Mäklern aber jedes Vorrecht vor jenen, lasteten andererseits auf ihnen die Pflichten aus ihrer amtlichen Stellung, so war damit ihrer Existenz der Todesstoß gegeben. In das neue Handelsgesetzbuch wurden sie nicht mit hinüber genommen. Heute kennen wir nur noch Privatmäkler, und zwar die Zivilmäkler des Bürgerlichen Gesetzbuches und die Handelsmäkler des Handelsgesetzbuches.

---

6) Laband S. 24; Riesenfeld Bd. 36, S. 797.
7) Riesenfeld Bd. 36, S. 799.
8) Riesenfeld Bd. 36, S. 816.

§ 2.

B) Abgrenzung des Handelsmäklers vom Zivilmäkler.

I. Im Bürgerlichen Gesetzbuch ist der Mäklervertrag im zweiten Buch, Abschnitt 7, Titel 8 geregelt. Die Definition des Mäklers ist in § 652, 1 enthalten: „Wer für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages oder für die Vermittlung eines Vertrages einen Mäklerlohn verspricht, ist zur Entrichtung des Lohnes nur verpflichtet, wenn der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Mäklers zustande kommt."

A) Es gehört erstens eine Tätigkeit des Mäklers zum Wesen des Vertrages. Diese Tätigkeit kann bestehen in einem Nachweisen oder in einem Vermitteln.

a) Der Nachweismäkler weist die Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages nach. Seine Tätigkeit besteht lediglich darin, daß er dem Auftraggeber Personen benennt, die mindestens objektiv betrachtet für den gewünschten Vertragsschluß in Frage kommen, oder weitergehend solche, die nach Lage der Dinge geeignet und bereit sind, gerade dieses spezielle Geschäft abzuschließen. Oder er bezeichnet auch nur Gegenstände, die zu kaufen der Auftraggeber gewünscht hat. Jedenfalls ist bei dieser nachweisenden Tätigkeit erforderlich, daß der Auftraggeber von dem Mäkler etwas erfährt, was er nicht schon vorher alles gewußt hat. Wenn z. B. ein Darlehn gesucht wird gegen Sicherung durch ein Grundpfandrecht, so darf er seinem Auftraggeber nicht einfach eine Hypothekenbank bezeichnen, die bekanntermeise jedem unter bestimmten Bedingungen Kredit gewährt [9]). Aber auch wenn jener den zukünftigen Gegner oder das Vertragsobjekt schon gekannt hat, liegt dennoch ein Nachweisen vor, wenn der Mäkler durch Erzählen oder Aufdecken genauerer Einzelheiten ihn noch besonders darauf aufmerksam gemacht hat [10]).

b) Der Vermittlungsmäkler dagegen geht über die nachweisende Tätigkeit des Nachweismäklers hinaus. Oertmann [11]) nennt die nachweisende Tätigkeit ein Minus zu der vermittelnden. Wenn es auch wohl meistens der Fall ist, daß im Vermitteln das Nachweisen enthalten ist, so trifft es doch nicht immer zu. Wenn der Auftraggeber dem

9) Staub Vorbem. zu § 93, Anm. 32.
10) Jacusiel S. 102.
11) Oertmann Vorbem. zu § 652, Anm. 1.

Gegner, mit dem der Mäkler unterhandelt, schon kennt[12]), oder wenn er den Mäkler gerade zu diesem Gegner hingeschickt hat, um ihn zu bearbeiten, dann entfällt die nachweisende Tätigkeit. Im letzten Fall ist ja der Auftraggeber der Nachweisende. Das Wort „vermitteln" sagt schon, was der Mäkler zu tun hat. Er muß mit den beiden Parteien verhandeln. Mit dem Auftraggeber tritt er schon in Verhandlung, wenn dieser mit ihm den Mäklervertrag abgeschlossen hat[13]), ihm den Auftrag erteilt hat, ihm seine Wünsche und Bedingungen mitgeteilt hat. Er hat aber nicht nur seinem Auftraggeber mit Rat und Tat zur Seite zu stehen, sondern er muß auch mit dem Gegenkontrahenten in Beziehung treten[14]). Er muß diesem die Vorschläge seines Auftraggebers unterbreiten, muß gegebenenfalls mit ihm handeln, ihn bearbeiten. Ohne dieses Erfordernis liegt kein Vermitteln vor[15]).

Schwer ist es oft zu unterscheiden, ob der Mäkler nur nachweisen sollte, oder ob er vermitteln sollte, weil der Auftraggeber sich nicht genau ausgedrückt hat, sondern nur den Erfolg, auf den es ihm überhaupt bloß ankam, bezeichnet hat. Zum Beispiel, „besorgen Sie mir eine Hypothek in Höhe von Mark 10 000,— zu 5 % Zinsen". Soll der Mäkler hier nachweisen oder vermitteln? In diesen Fällen ist zu entscheiden nach dem Willen der Parteien, nach der Lage des konkreten Falles oder nach der Art des Geschäftes. So ist die vermittelnde Tätigkeit meist erforderlich im Grundstücks- und Hypothekenverkehr[16]). Der Nachweismäkler dagegen spielt eine größere Rolle bei Abschlüssen von Dienstverträgen und Verträgen über Wohnungsmiete[17]). In letzterem Falle besonders bei Wohnungen, die heute unter der Zwangswirtschaft stehen. Hier ist der Mietzins fest bestimmt, so daß ein Abhandeln vom Preis nicht in Betracht kommt; hier wird nur eine freie Wohnung nachgewiesen.

12) Jacusiel S. 22.

13) R.G. in Jur. Woch. 1917, 538; 1922, 164.

14) R.G.R.Komm. § 652,2,*a*. (Mit Entsch.)

15) Dagegen läßt das R.G. in Leipziger Zeitschrift 1916, 754, einfaches Namhaftmachen eines Gegners genügen mit den Worten: „Allein bei dem Handelsmäkler ist der Begriff der Vermittlung nicht zu eng zu fassen." Dies dürfte wohl zu weitgehend sein, da ein Namhaftmachen doch ein einfaches Nachweisen ist.

16) Oertmann § 652,1,*a*.

17) Staub Vorbem. zu § 93, Anm. 6; Oertmann § 652,1,*a*.

Nehmen wir Nachweis oder Vermittlung, zu beiden ist eine Tätigkeit erforderlich. Einige nehmen an[18]), daß auch ein Unterlassen genügt, z. B. Versprechen eines Lohnes an den Hausverwalter für ein Nichthindern eines Verkaufes dieses Hauses. Ein Nachweisen kann diese „Tätigkeit" nicht sein, da der Mäkler ja keinen Käufer benennt. Aber auch kein Vermitteln ist es, das notwendig voraussetzt ein Verhandeln mit beiden Parteien. Hier liegt kein Mäklervertrag vor[19]).

B) Ein weiteres wesentliches Merkmal des Mäklervertrages ist die Entgeltlichkeit. Nach § 652, 1 verspricht jemand einen Mäklerlohn. Aber auch ohne dieses Lohnversprechen gilt nach § 653 ein Mäklerlohn als stillschweigend vereinbart, wenn die dem Mäkler übertragene Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Dieselbe Vorschrift gibt es bei dem Dienstvertrag (§ 612) und beim Werkvertrag (§ 632). Beide genannten Verträge sind immer entgeltlich. Wird die Vergütung vertraglich ausgeschlossen, so liegt kein Dienst- oder Werkvertrag vor. Da wir bei unserem Mäklervertrag dieselbe Vorschrift haben, so ist auch er notwendig entgeltlich. Einen unentgeltlichen Mäklervertrag gibt es nicht, es liegt dann ein Auftrag oder eine bloße Gefälligkeit vor. So sagt Riesenfeld Bd. 37, 278: „Jeder Mäkler ist zwar Vermittler, aber nicht jeder Vermittler auch Mäkler." Dann nämlich nicht, wenn er keinen Lohn bekommen soll.

C) Die letzte Besonderheit des Mäklervertrages ist die bedingte Lohnzahlungspflicht des Auftraggebers. Nach § 652 ist der Auftraggeber nur dann zur Lohnzahlung verpflichtet, „wenn der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Mäklers zustande kommt". Mit der Nachweisung oder Vermittlung ist die Tätigkeit des Mäklers beendet. Er hatte den Vertragsschluß nur vorzubereiten, seine Tätigkeit war dem Vertrage nur vorausgehend. Er hat lediglich eine Tätigkeit tatsächlicher Natur zu vollbringen. „Der Mäkler leistet keine juristischen, sondern faktische Dienste"[20]). Das bedeutet, daß der Mäkler als solcher nicht berechtigt ist, dem Vertrag, den er vermittelt oder nachgewiesen hat, auch abzuschließen; ist er auch hierzu berechtigt, so liegt das außerhalb des Rahmens seiner Mäkler-

18) Bolze Bd. 6, 493; Neubauer Bd. 6,10.
19) Riesenfeld Bd. 37, S. 268; Planck § 652,3,c.
20) Riesenfeld Bd. 37, S. 266.

eigenschaft, auf Grund einer besonderen Vollmacht zum Vertragsschluß. Von diesem Fall abgesehen ist es lediglich Sache des Auftraggebers, diesen Vertrag zu schließen. Und erst dann hat der Mäkler einen Anspruch auf den Lohn. Dieser Anspruch hängt also ab von dem Erfolg der Tätigkeit des Mäklers, dem Erfolg, auf den er gar keinen Einfluß hat; denn wie wir sehen werden, liegt es vollkommen im freien Belieben des Auftraggebers, den Vertrag auch wirklich zu schließen. Ohne diesen Erfolg kein Lohn. Ein ähnliches Gewicht auf den Erfolg wie hier legt man bei dem Werkvertrag. Bei diesem hat sich der Unternehmer aber zu dem Erfolg verpflichtet, kann auf diesen geschuldeten Erfolg verklagt werden, anders bei unserm Mäkler. Dieser kann sich zwar auch zu einem Erfolg verpflichten, z. B. einen vollkommen geeigneten Gegner zu bringen, einen Gegenkontrahenten zu einem bestimmten Preis zu bewegen, aber zu dem Erfolg, der entstehen muß, damit der Lohnanspruch gegeben ist, kann er sich nicht verpflichten: Nämlich zum Zustandekommen des Vertrages, da diesen der Auftraggeber abschließt oder nach Belieben auch nicht.

Diese drei erörterten Besonderheiten sind die Merkmale des Mäklervertrages. Weitere Voraussetzungen sind nicht erforderlich.

II. Liegen diese Besonderheiten vor, so untersteht dieser Vertrag den §§ 652 bis 656, aber nicht ohne weiteres den Vorschriften des Handelsgesetzbuches. Die Vorschriften der §§ 93 bis 104 HGB. werden grundsätzlich nur auf Handelsmäkler angewendet. Wie unterscheidet sich der Handelsmäkler von dem Mäkler, wie wir kurz den Mäkler des BGB. nennen wollen?

A) Dessen erste Besonderheit ist die Gewerbsmäßigkeit. Diese liegt vor, wenn der Mäkler in der Absicht der Wiederholung gleichartiger Geschäfte sich durch diese Tätigkeit eine dauernde Erwerbsquelle schaffen will[21]). Hat er diese Absicht, so ist schon das erste Geschäft in dieser Richtung ein gewerbsmäßiges. Ohne dieses Merkmal der Gewerbsmäßigkeit ist ein Mäkler niemals Handelsmäkler.

B) Der Mäkler war sowohl nachweisend als auch vermittelnd tätig. Anders der Handelsmäkler. Dessen Tätigkeit erstreckt sich nur auf die Vermittlung von Verträgen. Eine Nachweistätigkeit, auch wenn gewerbsmäßig sich auf Gegenstände des Handelsverkehrs beziehend, macht den Mäkler

21) Staub § 1, Anm. 6.

nicht zum Handelsmäkler. Wie weit der Begriff der Vermittlung zu ziehen ist, haben wir im Vorhergehenden gesehen.

C) Letzte Voraussetzung der Handelsmäklereigenschaft ist der Gegenstand des zu vermittelnden Vertrages. Dieser muß ein Gegenstand des Handelsverkehrs sein. In § 93 HGB. sind als solche aufgezählt: „Anschaffung und Veräußerung von Waren oder Wertpapieren, über Versicherungen, Güterbeförderungen, Bodmerei, Schiffsmiete." Erschöpfend ist diese Aufzählung nicht wegen des Ausdruckes „oder sonstige Gegenstände des Handelsverkehrs". Hierher gehören auch z. B. Verträge über Erwerb von Edelmetallen, Geldsorten, Wechseln und Schiffen. Ferner die Geschäfte des Bankgewerbes, der Annoncen-Akquisiteure [22]). Haben wir es nun mit einem Handelsmäkler zu tun, so behält er diese Eigenschaft auch nicht für alle Geschäfte. Vermittelt er gelegentlich Verträge über unbewegliche Sachen oder sonstige Gegenstände, die nicht Gegenstände des Handelsverkehrs sind, so ist er in Ansehung dieser Geschäfte kein Handelsmäkler. Ebenso wenn er ausnahmsweise nur die Gelegenheit zum Abschluß des Vertrages nachweist. In diesen Fällen ist er Zivilmäkler [23]).

III. A) Der Handelsmäkler darf nicht von einer Partei vertragsmäßig zur ständigen Vermittlung für sie bestellt stellt sein, § 93 HGB. Dann liegt ein Agenturverhältnis vor, kein Mäklervertrag. Wenn dieses Erfordernis auch für den Mäkler des BGB. nicht besonders aufgestellt ist, so darf auch dieser nicht ständig betraut sein [24]). Dann wird auch er zum Agenten, auf den in Ermangelung besonderer Vorschriften über den Zivilagenten die Vorschriften über den Dienstvertrag oder Werkvertrag zur Anwendung kommen. Dieser Punkt ist daher keine Besonderheit des Handelsmäklers. Liegt eine Betrauung zur ständigen Vermittlung vor, so haben wir es mit einem Zivil- oder Handlungsagenten zu tun, aber nicht mit einem Mäkler. Eine ganze Anzahl der Mäkler ist also nicht Handelsmäkler, wie die Vermittler der Verträge über unbewegliche Sachen, z. B. über Grundstücke und Hypotheken. Ebensowenig sind Han-

22) Staub § 93, Anm. 4; Düringer-Hachenburg § 93,I,5; Denkschrift S. 252.

23) Staub Vorbem. zu § 93, Anm. 8; Jacusiel S. 33; Denkschrift S. 252.

24) Planck Vorbem. zu § 652,5,2.

delsmäkler die Theater-„Agenten", die Vermittler von Dienstverträgen, von Verträgen über Mieträume, da dies keine Verträge über Gegenstände des Handelsverkehrs sind.

B) Auch die Kaufmannseigenschaft ist keine Eigentümlichkeit des Handelsmäklers. Auch der Zivilmäkler kann Kaufmann sein gemäß § 2 HGB., oder wenn eine Mäkler-Aktiengesellschaft, — Kommanditgesellschaft auf Aktien, oder — Gesellschaft mit beschränkter Haftung vorliegt. Die Kaufmannseigenschaft berührt die Unterscheidung in Handelsmäkler und Zivilmäkler nicht.

§ 3.

C) **Sonstige Regelung im geltenden deutschen Reichsrecht.**

I) Weitere Vorschriften über Mäkler finden wir im Börsengesetz vom 22. 6. 1896 in den §§ 29 bis 35. An den Börsen findet für bestimmte Waren oder Wertpapiere, die zum Handel mit amtlicher Kursnotierung zugelassen sind, eine amtliche Feststellung des Börsenpreises an dem betreffenden Tage statt. Zu dieser Kursfestsetzung wirken die Kursmäkler mit. Sie gehen aus den Mäklern dieser Börse hervor und werden als Kursmäkler für den Kreis der Waren oder Wertpapiere bestellt, in denen sie die Vermittlung von Geschäftsabschlüssen betreiben. Sie werden von der Landesregierung des Ortes der Börse ernannt, werden aber durch diese Ernennung nicht Beamte[25]). Im Interesse ihrer unparteiischen Stellung, die sie ja notwendigerweise innehaben müssen wegen ihrer Mitwirkung bei der amtlichen Feststellung der Kurse, sind sie gewissen Beschränkungen unterworfen; so dürfen sie kein sonstiges Handelsgewerbe betreiben, dürfen die zu vermittelnden Geschäfte nicht auf eigene Rechnung abschließen, mit Ausnahme der sich nicht ausgleichenden Aufträge, den sogenannten „Spitzen". Durch diese öffentlich-rechtliche Funktion bleiben sie aber bezüglich ihrer privaten, vermittelnden Tätigkeit Mäkler, und zwar Handelsmäkler[26]), da an der Börse Gegenstände des Handelsverkehrs gehandelt werden. Für ihre privatrechtliche Tätigkeit, die hier ausschließlich interessiert, gilt für sie nichts Besonderes.

25) Staub § 93, Anm. 5.

26) Staub § 93 Einl.; Cosack § 95; Ehrenberg's Handb. Bd. 2, § 101; R.G. in L.Z. 1925, 665; O.L.G. Bd; 8, 245;

II. Es findet sich sowohl im BGB. wie auch im HGB. der Ausdruck „öffentlich ermächtigter Handelsmäkler". Hinterlegte (§ 385 BGB.), verpfändete (§§ 1221, 1235) Gegenstände, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, können durch solche Mäkler verkauft werden. Aehnliche Fälle im HGB. §§ 373, 2; 376, 3; 379, 2. Diese öffentlich-rechtliche Ermächtigung erteilen die Länder. Reichsrechtlich sind auch durch Artikel 14 EG. HGB. die Kursmäkler zu diesen Verkäufen befugt, die durch öffentlich ermächtigte Handelsmäkler zu bewirken sind. Auch dies ist nur eine öffentlich-rechtliche Funktion, für ihre sonstige privatrechtliche Tätigkeit bleiben sie Handelsmäkler.

III. Auch die Gewerbeordnung enthält Bestimmungen über den Mäkler. § 1 verkündet die grundsätzliche Freiheit des Gewerbes. Nach § 34 bedürfen Pfandvermittler der Konzession. Die gewerbsmäßigen Vermittler für Verträge über Immobilien, Darlehn und Heiraten zwingt § 35 zur Anmeldung ihres Gewerbes, das ihnen untersagt werden kann, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden inbezug auf diesen Gewerbebetrieb dartun. Dies sind öffentlich-rechtliche, polizeiliche Bestimmungen, die eine Aenderung der rechtlichen Natur des Mäklervertrages nicht herbeigeführt haben.

IV. Letzteres gilt besonders für das Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung vom 1. 10. 1927. Daß die öffentlichen Arbeitsvermittlungsanstalten, die unentgeltlich den Arbeitern Arbeit, den Arbeitgebern Arbeiter vermitteln, aus dem Rahmen des Mäklervertrages herausfallen, liegt auf der Hand [27]). Es bleiben für die Behandlung des Themas nur der Mäklervertrag des BGB., dessen Untersuchung vorangestellt wird, und der Handelsmäklervertrag übrig.

---

27) Dieses Gesetz verbietet ab 1. Januar 1931 jede gewerbsmäßige Stellenvermittlung.

I. Teil.

§ 4.

Bisherige Anschauungen über die rechtliche Natur des Mäklervertrages.

Die verschiedenen Theorien über die rechtliche Natur des Mäklervertrages sind deswegen möglich, weil das BGB. keine erschöpfenden positiven Bestimmungen gibt. Dieselbe Erscheinung finden wir in fast sämtlichen Kodifikationen, angefangen bei dem römischen Recht bis zu den Gesetzen der Neuzeit. Besonders wurde in den Vordergrund gestellt bei der gesetzlichen Regelung die Frage, ob der Mäkler überhaupt einen Lohn zu beanspruchen habe; welche rechtliche Stellung der Mäkler im übrigen hatte, überließ man der Wissenschaft und der Rechtsprechung. Befanden sich nun jene Zeiten in einer ähnlichen Lage wie wir, so dürfte es notwendig erscheinen, auf die römischen und gemeinrechtlichen Anschauungen über den Mäklervertrag kurz einzugehen.

I. Im Corpus juris civilis sind die Rechtsverhältnisse des Mäklers geregelt in den beiden Stellen D. 50, 14 „De proxceneticis" und C. V. 1, 6 „De sponsalibus et arrhis sponcaliciis et proxceneticis". Die Codexstelle kann unberücksichtigt bleiben, da sie sich ausschließlich mit der Heiratsvermittlung beschäftigt. Die Digestenstelle lautet:

lex 1: Proxenetica jure licito petuntur. „Mäklerlöhne werden mit gesetzlicher Erlaubnis eingeklagt."

lex 2: Si proxeneta intervenerit faciendi nominis, ut multi solent, videamus an possit quasi mandator teneri. et non puto teneri, quia hic monstrat magis nomen, quam mandat, tametsi laudet nomen. idem dico. et si aliquid philantropi nomine acceperit: nec ex locato conducto erit actio. plane si dolo et calliditate creditorem circumvenerit, de dolo actione tenebitur.

„Wenn ein Mäkler die Verschaffung eines Darlehens vermittelt hat, wie viele es tun, so haben wir zu untersuchen, ob er wie ein Auftraggeber haften muß. Ich glaube es nicht, da er hier mehr das Darlehn nachweist, als dazu den Auftrag gibt, auch wenn er das Darlehn als gut bezeichnet hat. Ebenso auch wenn er etwas als Mäklerlohn erhalten hat: Nicht gibt es gegen ihn die Klage aus dem Mietvertrag, aber wenn er mit Arglist und Hinterlist den Gläubiger hintergeht, so wird er mit der actio doli haften müssen."

lex 3: De proxenetico, quod et sordidum, solent praesides cognoscere: sic tamen, ut et in his modus esse debeat et quantitatis et negotii, in quo operula ista defuncti sunt et ministerium qualequale accomodaverunt. facilius, quod Graeci „ερμηνευτικὸν" appellant peti apud eos poterit, si quis forte condicionis vel amicitiae vel adsessurae vel cuius alterius huiusce modi proxeneta fuit: sunt enim huius modi hominum (ut in tam magna civitate) officinae. est enim proxenetarum modus, qui emptionibus, venditionibus, commerciis licitis utiles non adeo improbabili more se exhibent.

„Ueber die Mäklergebühr, die auch für schmutzig gehalten wird, pflegen die Statthalter so zu erkennen: Es muß hierbei Maß gehalten werden bei der Höhe des Lohnes und bei der Art des Geschäftes, bei dem sie solch kleine Mühe angewendet haben und irgend einen Dienst geleistet haben. Leichter kann das bei den Griechen sog. „ερμηνευτικὸν" eingeklagt werden, wenn nämlich jemand Vermittler einer Ehe, Freundschaft, Assessur oder ähnlichem gewesen ist. Diese Mäkler haben sogar Schreibstuben (wie es auch wahrscheinlich war in einer so großen Stadt). Es gibt auch eine Klasse von Mäklern, die sich bei Käufen, Verkäufen, Handelsgeschäften und sonstigen erlaubten Geschäften in sehr zu billigender Weise betätigen."

Aus dieser Digestenstelle entnimmt man folgendes Ergebnis für das römische Recht:

Der Mäklervertrag war nach römischem Recht ein eigener Vertrag. Durch die lex 1 wird dem Mäkler eine Klage auf seinen Lohn gegeben. Da das pactum proxeneticum kein besonderer benannter Real- oder Consensualkontrakt war, so mußte versucht werden, ihn anderen benannten Verträgen unterzuordnen, wenn man ihn nicht zu den Innominatkontrakten zählen wollte. Herangezogen wurde die locatio conductio und das Mandat. Die Unterstellung des

Mäklervertrages unter die locatio conductio scheitert aber, ohne daß man auf die näheren Unterschiede zwischen ihm und der l. c. operarum und der l. c. operis eingehen müßte, an der ausdrücklichen Bestimmung der lex 2: „nec ex locato conducto erit actio." Trotz dieser ausdrücklichen Ablehnung der Mietsklage gegen den Mäkler im Gesetz selbst, ist vielfach der Mäklervertrag dieser locatio conductio unterstellt worden. Dagegen ist außerdem anzuführen, daß die Tätigkeit des Mäklers zu den „operae liberales", den höheren Diensten[28]) gehörte. „Es handelt sich hier um das Versprechen einer freien geistigen, den Umständen anzupassenden Tätigkeit[29])." Diese operae liberales konnten im Gegensatz zu den operae illiberales, den gewöhnlichen, niederen Diensten, nicht Gegenstand der gegenseitigen Verträge sein. Das proxeneticum, der Mäklerlohn, war daher kein „merces", kein Entgelt für geleistete Dienste, sondern er war ein „honorarium", ein Ehrensold für höhere Dienste[30]). Näher liegt es schon, den Mäklervertrag dem Mandat zu unterstellen. Denn wenn auch das Mandat streng unentgeltlich war nach dem Satz „mandatum nisi gratuitum, nullum est"[31]), so konnte doch andererseits ein honorarium zugesichert werden für den Beauftragten. Dieses honorarium dem Beauftragten zu zahlen, war der Auftraggeber verpflichtet und zwar auf dem Wege des Extraordinarverfahrens[32]). Dasselbe finden wir bei dem Mäklervertrag. Gemäß der lex 3 war der proxeneta auf die extraordinaria cognitio angewiesen. Das hatte die Bedeutung, daß der rechtsprechende Magistrat ohne Rücksicht auf die Vereinbarung soviel des Lohnes bewilligte, wie er es den Umständen nach für billig und angemessen hielt[33]).

Eine weitere Gleichheit zwischen dem Mandat und dem Mäklervertrag bestand insofern, als beide die einzigen Kontrakte waren, durch welche die Leistung von operae liberales versprochen werden konnte.

Dagegen unterscheidet sich das Mandat von dem Mäklervertrag dadurch, daß der Beauftragte rechtlich tätig wird, indem er für den Auftraggeber das Geschäft besorgt, es

28) Leonhard S. 427.
29) Crome S. 413, Anm. 3.
30) Leonhard S. 430.
31) Laband S. 4.
32) Windscheid § 409.
33) Dernburg § 337.

also in Vollmacht des Auftraggebers abschließt, während der Mäkler nur faktisch tätig wird, also nur die Vorbereitungen trifft, aber niemals in seiner Eigenschaft als Mäkler das Geschäft auch abschließt.

Der ausschlaggebende Grund aber, weswegen man den Mäklervertrag weder dem Mandat noch der locatio conductio unterstellen kann, sondern ihn als einen eigenartigen Kontrakt behandeln muß, ist dadurch gegeben, daß im Gegensatz zu dem Dienstverpflichteten, dem Werkunternehmer und dem Beauftragten der Mäkler nicht zur Tätigkeit verpflichtet ist. Direkt nimmt die Digestenstelle keine Stellung zu dieser Frage. Die Verneinung der Tätigkeitspflicht rechtfertigt sich aber aus der Art der Klage, die dem Mäkler zu Gebote stand. War er auf ein Verfahren extra ordinem angewiesen, so ist ihm auch eine Leistungspflicht nicht zu unterstellen [34]). Andererseits heißt es ausdrücklich in der lex 2, daß der Mäkler nur mit der actio doli dem Auftraggeber haftet, wenn er dessen Vertrauen mißbrauchte. Ein Schuldner, der zu einer Leistung verpflichtet ist, haftet aber aus dem Vertrage, nicht bloß mit der actio doli. Die Tätigkeit des Mäklers war eben nur Bedingung für den Lohnanspruch [35]). Der Mäklervertrag des römischen Rechts ist daher ein besonderer, eigenartiger Kontrakt, der Mäkler war nicht zur Tätigkeit verpflichtet.

II. Im gemeinen Recht war die Digestenstelle D. 50, 14 rezipiert worden, also geltendes Recht; nicht dagegen war es die Coderstelle gemäß dem Satze „quod non agnoscit glossa, non agnoscit curia“ [36]). Der Unterschied zwischen klagbaren und unklagbaren Kontrakten, wie er in dem römischen Recht wegen des strengen Formalismus geherrscht hatte, war gefallen, ebenso der Unterschied prozessualer Natur zwischen den Nominat- und den Innominatkontrakten. Aus dem Mäklervertrage konnte daher ohne weiteres geklagt werden. Da aber auch hier im gemeinen Recht eine nähere Regelung fehlte, versuchte man wieder den Mäklervertrag dem Dienstvertrag und Werkvertrag einerseits, dem Mandat andererseits zu unterstellen. Der römisch-rechtliche Unterschied zwischen operae liberales und operae illiberales galt nicht mehr im gemeinen Recht [37]); trotzdem fällt der Mäkler-

34) Dernburg § 337; Laband S. 3; Riesenfeld Bd. 37, S. 60.

35) Dernburg § 337.

36) Leonhard S. 43.

37) Riesenfeld Bd. 37, 335.

vertrag nicht unter den Dienstvertrag, da bei letzterem die Bemühungen als solche vergütet werden, der Mäkler aber seinen Lohn nur dann erhält, wenn der Erfolg, der Vertragsschluß, eingetreten ist. Auf das Resultat der Bemühungen des Mäklers ist das Hauptgewicht zu legen. Auch mit dem Werkvertrag sind Aehnlichkeiten herausgefunden, besonders da hier der Erfolg versprochen und vergütet wird. Aber die Art des Erfolges ist verschieden. Der Erfolg des Werkvertrages ist eine materielle Produktion, der des Mäklers ein ideeller, nämlich die Willenseinigung der beiden Kontrahenten[38]). Außerdem kann der Mäkler den Erfolg, den Vertragsabschluß nie versprechen. Gegen die Subsumption des Mäklervertrages unter das Mandat sprechen auch im gemeinen Recht dieselben Gründe, wie im römischen Recht: Das rechtliche Tätigwerden des Beauftragten, das faktische des Mäklers; der Beauftragte ist wie der Dienstverpflichtete und der Werkunternehmer zur Tätigkeit verpflichtet, der Beauftragte haftet nicht nur für Arglist, sondern auch wegen einer Nachlässigkeit[39]), der Mäkler dagegen ist nicht zur Tätigkeit verpflichtet und haftet nur für Arglist.

Wir kommen auch für das gemeine Recht zu dem Ergebnis, daß der Mäklervertrag ein besonderer Vertragstypus ist trotz der Worte Crome's „diese Klassifizierung war gewiß die bequemste; ein sonstiger Vorzug läßt sich ihr nicht nachrühmen", und daß eine Leistungspflicht für den Mäkler nicht besteht.

III. Auf die einzelnen Partikularrechte soll hier nicht eingegangen werden. Es sei nur das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen erwähnt. Wenn dieses auch in seinen §§ 1254 bis 1259 keinen klaren Standpunkt einnimmt, so heißt es in den Motiven zum § 1254[40]), daß sich der Mäklervertrag im Regelfall als bedingtes Zahlungsversprechen darstellt. Auf demselben Standpunkt steht auch der Dresdner Entwurf eines Obligationenrechts von 1866 in den Art. 675 bis 680[41]).

Zusammenfassend für das ganze bisherige Recht ist festzustellen: Der Mäklervertrag ist ein eigener Vertrag, eine Pflicht für den Mäkler tätig zu werden besteht nicht!

---

38) Riesenfeld Bd. 37, S. 36; Rocholl S. 77.
39) Windscheid § 410.
40) Rocholl S. 76; Neubauer S. 38.
41) Riesenfeld Bd. 37, S. 48; Neubauer S. 40.

Durch die Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich wäre die Möglichkeit gegeben gewesen, für das ganze Reich durch eine gesetzliche Regelung diese Streitfragen der Wissenschaft sämtlich zu beseitigen. Diese Gelegenheit ist nicht benutzt worden, so daß heute sich der alte Streit fortsetzt.

II. Teil.

Rechtliche Natur des Mäklervertrages im geltenden Recht.

A) Rechtliche Natur des Zivilmäklervertrages.

§ 5.

1. Gruppen der Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäft.

I. Aus Rechtsgeschäft entsteht das Schuldverhältnis zwischen Mäkler und Auftraggeber, wodurch es getrennt wird, z. B. von den unerlaubten Handlungen und der ungerechtfertigten Bereicherung, die kraft Gesetzes entstehen.

In § 305 BGB. heißt es: „Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Aenderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes bestimmt." Wenn regelmäßig ein Vertrag nötig ist, so gibt das Gesetz keine Definition dafür. Folgendermaßen möchte ich definieren: „Ein Vertrag enthält übereinstimmende, gegenseitige Willenserklärungen zweier oder mehrerer Parteien[42])." Als Ausnahme, die § 305 durch die Worte „soweit das Gesetz nicht ein anderes bestimmt" zuläßt, bleiben daher nur für die aus Rechtsgeschäft entstehenden Schuldverhältnisse die einseitigen Rechtsgeschäfte. Diese erzeugen eine Verpflichtung, ohne daß eine zweite Willenserklärung, eine Annahme wie bei den Verträgen, hinzuzukommen braucht. Kraft gesetzlicher Bestimmung haben manche einseitigen Willenserklärungen verpflichtende Wirkung. Solche einseitigen Verpflichtungsgeschäfte sind im BGB. z. B. die Auslobung (Pollicitationstheorie), Versprechen an eine zu errichtende Stiftung und die Schuldver-

42) Enneccerus § 137.

schreibungen auf den Inhaber (Creationstheorie). Von diesen wenigen Ausnahmen abgesehen, entsteht aber eine Verpflichtung nur durch Abschluß eines Vertrages.

II. Eine Einteilung der Verträge ist gegeben dadurch, daß das BGB. in den §§ 320 bis 327 besondere Regeln aufstellt für die gegenseitigen Verträge. Diese werden daher abgesondert von allen anderen Verträgen. Gegenseitig sind zwar alle Verträge bezüglich der beiden Willenserklärungen. In § 320 ff. versteht das Gesetz aber unter gegenseitigen Verträgen solche, die gegenseitig *wirken*. Beide Parteien verpflichten sich zu Gegenleistungen. Beide Leistungen sind voneinander abhängig. Ist die eine Leistung von vornherein unmöglich gewesen, so entsteht auch keine Verpflichtung zur Erbringung der Gegenleistung (genetische Abhängigkeit). Während des Bestehens des gegenseitigen Vertrages richtet sich die eine Leistung nach der anderen bei Veränderung oder Untergang (funktionelle Abhängigkeit[43]). Die eine Leistung ist das Aequivalent der anderen.

Gegenüberzustellen sind diesen die einseitigen Verträge. Entweder ist nur der eine Kontrahent verpflichtet zu einer Leistung, so daß für den Vertragsgegner niemals eine Verpflichtung entstehen kann. Das sind die streng einseitigen Verträge. Im BGB. sind es z. B. das Darlehn und das Schenkungsversprechen. Oder es entsteht außer der Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners unter Umständen auch noch eine Verpflichtung des anderen, die aber nicht Gegenleistung ist. Das sind die unvollkommen zweiseitigen Verträge. Dahin gehören nach dem BGB. z. B. der Auftrag, der unentgeltliche Verwahrungsvertrag und der Leihvertrag[44]).

Der Unterschied von den gegenseitigen Verträgen kam im römischen Recht äußerlich zum Ausdruck. Bei diesen hatten die Klagen beider Parteien einen besonderen Namen, z. B. bei dem Kaufvertrag für die eine Partei die actio empti, für die andere die actio venditi. Bei den unvollkommen zweiseitigen Verträgen dagegen gab es nur eine Hauptbezeichnung für beide Klagen. Bei dem Mandat z. B. hieß die Klage des Mandanten actio mandati directa, der Mandatar hatte für seine Ersatzansprüche wegen seiner Aufwendungen die actio

43) Beide Ausdrücke bei *Staudinger* Vorbem. zu § 320.

44) Anders bezüglich des letzteren *Staudinger* Vorbem. zu § 305, der dann schon das Gewähren des Gebrauchs als Gegenleistung für die Rückgabepflicht ansehen muß.

mandati contraria[45]). „Hierin liegt eine Feinheit, die wir uns nicht entgehen lassen sollten[46])."

2. Eingruppierung des Mäklervertrages.

§ 6.

a) Der Mäklervertrag ist kein einseitiges Schuldversprechen.

Auf die überschriftliche Behauptung kurz einzugehen ist nötig, da verschiedene Schriftsteller[47]) von einer analogen Anwendung der Auslobung auf den Mäklervertrag sprechen. Reuling unterscheidet den Mäklervertrag von der Auslobung nur dadurch, daß bei dieser die Belohnung öffentlich ausgesetzt wird, bei jenem das Provisionsversprechen an eine bestimmte Person abgegeben wird.

Es erscheint auf den ersten Blick wunderlich, wie man zu diesem Vergleich gelangen kann. Es heißt doch „Mäklervertrag"? Wie kann man einen Vertrag vergleichen wollen mit der Auslobung, einem einseitigen Schuldversprechen? Die Erklärung ist dadurch gegeben, daß die Schrift Reuling's als ein Beitrag zur Erläuterung und Würdigung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches im Jahre 1896 vor Erlaß des BGB. geschrieben ist. Nach der gemeinrechtlich herrschenden Theorie[48]) war die Auslobung ein an jedermann gerichteter Vertragsantrag, der nur durch Vornahme der gewünschten Handlung angenommen werden konnte. Die Gebundenheit trat erst mit diesem Vertragsschluß ein. Es lag also ein Vertrag vor, ein Vergleich des Mäklervertrages mit der Auslobung war möglich. Heute ist diese Unmöglichkeit eines solchen Vergleichs gegeben durch § 657 BGB. Die Auslobung ist ein einseitiges Schuldversprechen. Die Vornahme der Handlung ist kein Abschluß des angebotenen Vertrages, sondern nur Erfüllung einer Bedingung, von deren Eintritt der Lohnanspruch abhängig war, da die Belohnung auch dann zu entrichten ist, wenn die Handlung ohne Rücksicht auf die Auslobung, ohne Kenntnis von der

---

45) Leonhard S. 468.

46) Crome § 167, Anm. 3.

47) Besonders Reuling Bd. 40, S. 207 ff.; Burchardt S. 290.

48) Windscheid II, § 308, Anm. 3. Dagegen Wendt § 244.

Auslobung vorgenommen ist. Hiermit entfällt die Möglichkeit der analogen Anwendung der Vorschriften über die Auslobung auf den Mäklervertrag, abgesehen von anderen wesentlichen Unterschieden der beiden Institute.

§ 7.

b) Ist der Mäklervertrag ein gegenseitiger Vertrag.

Es bleiben die drei Möglichkeiten übrig, den Mäklervertrag als gegenseitigen, als streng einseitigen, als unvollkommen zweiseitigen Vertrag zu behandeln.

Die Theorie des Mäklervertrages als eines gegenseitigen Vertrages wird vertreten von Crome[49]), Dernburg[50]), Lotmar[51]), Matthiass[52]), Meisner[53]) und Riesenfeld[54]).

I. Nach Crome muß der Auftraggeber, wenn der Mäkler überhaupt Aussicht haben soll, erfolgreich tätig zu werden, ihm meistens seine ganzen Verhältnisse, seine Absichten, seine Gründe, weswegen er gerade dieses Geschäft abschließen will, aufdecken, mehr, als er es dem Gegenkontrahenten des zu vermittelnden Geschäftes je getan hätte[55]). „Nun heißt es doch geradezu eine Prämie auf die Verletzung von Treu und Glauben, Gewissenhaftigkeit und Redlichkeit im Rechtsverkehr zu setzen, wenn man in einem Falle, wo der eine Teil genötigt ist, dem anderen sein ganzes Innere aufzudecken, sich gänzlich seiner Treue, Geschicklichkeit und Umsicht zu überlassen, den anderen aber in dieser Hinsicht nur für Dolus und Delikt haftbar macht."

Dagegen ist einzuwenden, daß der Auftraggeber sich doch einen ihm vertrauenswürdigen Mäkler aussuchen kann, diesem ausgesuchten nur soviel mitzuteilen braucht, als er ihn für vertrauenswürdig hält. Außerdem wendet Crome sich mit dieser zitierten Stelle ausschließlich gegen die Theorie des Mäklervertrages als eines streng einseitigen Vertrages. Er will deswegen einen gegenseitigen Vertrag mit einer

49) Crome (System) § 272,2; (Part. Rechtsgeschäfte) S. 411 ff.
50) Dernburg § 338,2.
51) Lotmar S. 281 ff.
52) Matthiaß § 124,II.
53) Meisner zu § 652,2.
54) Riesenfeld Bd. 37, S. 272 ff.
55) Rocholl S. 84.

Tätigkeitspflicht des Mäklers konstruieren, weil jene folgerichtig jede Haftung des Mäklers aus Vertrag ablehnen, ihn nur aus Delikt haften lassen. Dazu ist aber doch nicht nötig, gleich einen gegenseitigen Vertrag, eine Verpflichtung des Mäklers zur Tätigkeit anzunehmen. Eine kontraktliche Haftung erreicht man doch auch durch die Unterstellung des Mäklervertrages unter die unvollkommen zweiseitigen Verträge. Weiter sagt der Genannte, daß es in der Absicht der Parteien liegt, der Mäkler solle auch verpflichtet sein, die ihm gemachten Eröffnungen auch zu verwerten. Daß die Eröffnungen des Auftraggebers so tief und geheimnisvoll sein müssen, ist schon bezweifelt worden. Aus kurzen Darstellungen über eine zu kaufende oder eine zu verkaufende Sache kann man wohl kaum eine Pflicht diese zu verwerten, annehmen.

In seinem Lehrbuch § 272, 2 gibt Crome zu, daß die Verpflichtung des Mäklers zum Tätigwerden ausgeschlossen werden könne. Für seine aus seinen beiden Büchern zu entnehmende Ansicht führt er dann Oertmann an. Dieser hat aber seinen Standpunkt in der Auflage 1 von 1899 längst wieder verlassen; es heißt jetzt bei Oertmann[56]: „Der Streit kann sich nur noch darum drehen, ob im Zweifel eine Tätigkeitspflicht für mitübernommen zu erachten sei. Und diese Frage wird man allerdings nicht bejahen dürfen."

Schwieriger zu widerlegen sind die Argumente, die Lotmar[57]) aus dem Wortlaut der §§ 652 ff. BGB. nimmt zur Verteidigung des Mäklervertrages als eines gegenseitigen Vertrages. Vorauszuschicken ist hier, daß die Wortinterpretation nicht zu hoch eingeschätzt werden darf, es sei denn, daß nur eine Deutung möglich ist.

1. In § 652 BGB. heißt es „für Nachweis", „für Vermittlung". Durch diese Fassung sei ein Vergleich mit den §§ 615, 641, 689 (Dienst-, Werk-, Verwahrungsvertrag), dem Mäklerlohn der Charakter einer Gegenleistung gegeben. Es wird aber doch nur gesagt, daß der Lohn bezahlt werden soll „für Nachweis" und „für Vermittlung", nicht heißt es „für verpflichtetes Nachweisen oder Vermitteln". Kann denn nicht eine Gegenleistung als solche erbracht werden für freiwillige Dienste? Es bleibt doch Raum für eine Gegenleistung, auch wenn es im Belieben des die Gegenleistung Empfangenden bestanden hat, die Dienste zu erbringen oder

56) Oertmann Vorbem. zu § 652.
57) Lotmar S. 284.

nicht. Mit Lotmar's „Gegenleistung" ist m. E. nichts bewiesen. Außerdem wenn er schon die §§ 615, 641, 689 BGB. heranzieht als Beweis, muß er auch beachten, daß es die §§ 611, 631, 688 BGB. bei dem Dienst-, Werk-, Verwahrungsvertrag gibt, die ausdrücklich die Verpflichtung des Lohnberechtigten feststellen. Bei dem Mäklervertrag fehlt es an solcher Bestimmung.

2. In § 653 BGB. heiße es „Vergütung". Dieselben Ausdrücke fänden sich auch bei dem Dienst- und Werkvertrag. Vergüten heißt aber einfach, Bemühungen bezahlen, den dem Sachwert oder der Arbeit entsprechenden Wert ersetzen. Ob der Empfänger der Vergütung verpflichtet war zur Sachleistung oder zur Arbeit, kann aus dem Wort nicht entnommen werden. Sonst heißt es auch in den anderen Vorschriften des Mäklervertrages immer „Lohn" oder „Mäklerlohn". Da nun auch in demselben § 653 schon das Wort „Mäklerlohn" steht, wollte man vielleicht nur die Wiederholung vermeiden.

3. In § 653 Abs. 1 BGB. stehe „übertragene Leistung". Was übertragen sei, sei übernommen, sei also in obligatione, nicht in conditione. Aus dem Zusammenhang ergibt sich aber, daß hier „übertragene Leistung" nicht die Uebernahme einer Verpflichtung bedeutet, sondern nur daß bei Nichtvereinbarung eines Lohnes die Vermittlungstätigkeit des Mäklers von dem Auftraggeber übertragen, wenigstens gewollt sein muß[58]). Es soll nicht ein Mäkler den Lohn fordern können, der nicht beauftragt war oder dessen Tätigkeit nicht gewollt war unter Berufung darauf, daß nach § 653 BGB. ein Lohn als stillschweigend vereinbart gilt. Andererseits kann auch das Uebertragen stillschweigend geschehen, wenn der Verpflichtungwille des Auftraggebers vorliegt[59]). Aber ohne diesen liegt kein Uebertragen vor, ohne Uebertragen wiederum keine Fiktion der stillschweigenden Vereinbarung der Vergütung.

Vieleicht bedeutet dieses Wort aber auch einen Gegensatz zu § 99 HGB. Nach § 653 BGB. ist nur der Uebertragende verpflichtet, dem Mäkler den Lohn zu zahlen, nach § 99 HGB. zahlt im Regelfalle auch der Gegenkontrahent die Hälfte des Lohnes, trotzdem man doch von diesem regelmäßig nicht behaupten kann, daß er dem Mäkler die Leistung übertragen habe.

58) Planck zu § 653,1; Siber S. 19.

59) Riesenfeld Bd. 37, S. 259; Staub Vorbem. zu § 93, Anm. 10 *a*.

4. Nicht so sehr betont Lotmar den Ausdruck „Leistung“. Hierauf beruft sich Weyler[60]), der sich sonst im wesentlichen seinem Vorbild Lotmar anschließt. Leistung sei das vom Gläubiger zu fordernde Tun oder Unterlassen des Schuldners. Diese Argumentation, aus dem Wort Leistung dem Mäkler eine Tätigkeitspflicht aufzuerlegen, ist zu widerlegen durch die Entstehung des § 653 BGB. In den Protokollen[61]) findet man, daß auf das Wort Leistung kein besonderes Gewicht gelegt worden ist. Es wurde auch vorgeschlagen das Wort „Tätigkeit“ an seine Stelle zu setzen, um den Gegensatz zum Dienstvertrag zu kennzeichnen. Tätigkeit ist aber doch kein terminus technicus für die Verpflichtung eines Schuldners. Auch wird die Terminologie des Wortes Leistung im BGB. nicht immer streng durchgeführt. Nach § 1105 BGB. sind bei der Belastung eines Grundstückes mit einer Reallast wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstück zu entrichten; nach § 1108 BGB. kann die persönliche Haftung des Eigentümers für die Leistungen ausgeschlossen werden. In diesem Falle ist der Eigentümer nicht Schuldner, da er zur Befriedigung nur berechtigt ist § 1142 BGB. Für diesen Fall paßt daher das Wort Leistung im § 1105 BGB. nicht. Ebenso auch die Ungenauigkeit im § 952, 2 BGB.: „Das Gleiche gilt für Urkunden über andere Rechte, kraft deren eine Leistung gefordert werden kann, insbesondere für Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbriefe.“ Aus einer Hypothek entsteht aber keine Verpflichtung für den Eigentümer, sondern nur ein Recht der Befriedigung zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung.

5. Nachdem diese Argumentation aus dem Wortlaut des Gesetzes zu widerlegen versucht ist, ist auf den letzten Stützpunkt Lotmar's einzugehen: Die Verpflichtung des Mäklers zur Tätigkeit ergebe sich aus Billigkeitsrücksichten. Der Lohnversprechende sei bedingt gebunden, also müßte auch der Mäkler gebunden sein. Denselben Standpunkt vertritt auch Dernburg[62]): „Wenn es auch der Standpunkt des römischen Rechts sei wegen Fehlens einer Vertragsklage, so entspreche es nicht der heutigen Auffassung der Gerechtigkeit und Gleichberechtigung der beiden Parteien.“ Gegen beide ist einzuwenden, daß gerade dann, wenn man dem Mäkler eine Tätigkeitspflicht auferlegen wollte, die Gleich-

60) Weyler S. 49.
61) Protokolle S. 346.
62) Dernburg § 338,II.

berechtigung der beiden Parteien beseitigt werden würde, denn der Auftraggeber braucht niemals die Dienste des Mäklers anzunehmen, ist niemals verpflichtet, den vorbereiteten Vertrag abzuschließen[63]). Ist er nicht zum Abschluß des Vertrages verpflichtet, dann braucht er auch den Lohn nicht zu zahlen. So heißt es in den Motiven Seite 512: „Die Fassung des § 580 (652) läßt mit genügender Deutlichkeit erkennen, daß der Mäkler die versprochene Gebühr selbst dann nicht verlangen kann, wenn sein Auftraggeber den Abschluß des ausreichend vorbereiteten Vertrages verweigert oder sonst verhindert."

Trotzdem möchte Lotmar eine Gebundenheit des Auftraggebers herleiten aus § 162, 1 BGB.: „Wenn dieser grundlos den Abschluß des Vertrages verweigere, habe er wider Treu und Glauben den Eintritt der Bedingung verhindert, die Bedingung gelte als eingetreten, der Lohn müsse gezahlt werden." Dadurch wäre allerdings der Auftraggeber in gewissen Grenzen gebunden. Dieser Weg ist aber nicht gangbar, da der Abschluß des Vertrages eine condicio juris ist, eine gesetzliche Bedingung, die das Wesen des Mäklervertrages ausmacht. Und auf diese Rechtsbedingung finden die Vorschriften der §§ 158 ff. BGB. keine Anwendung[64]). Man könnte an einen anderen Ausweg denken[65]). Durch grundlose Verweigerung des Abschlusses hat der Auftraggeber die Leistung des Mäklervertrages unmöglich gemacht durch einen von ihm zu vertretenden Umstand. Dieser § 324 BGB. trifft aber auch nicht zu. Es soll doch erst bewiesen werden, daß ein gegenseitiger Vertrag vorliegt, nicht kann mit den Vorschriften über den gegenseitigen Vertrag bewiesen werden, daß ein solcher vorliegt. Dann ist ja auch nicht die Leistung des Mäklers unmöglich geworden, sondern nur der Erfolg dieser Leistung, die lediglich im Nachweisen oder Vermitteln bestand[66]).

Ist nun jede Möglichkeit genommen, eine Gebundenheit des Auftraggebers zu konstruieren, so entfallen die von

---

63) Staub Vorbem. § 93, Anm. 17; Planck zu § 653, IV,3,*b*: Staudinger § 652,III; R.G. Bd. 31, 291; 47, 255.

64) Dernburg § 149,II; Fischer-Henle § 158, Anmerkung 2; Planck § 158, Anm. 1; v. Tuhr II, 2, S. 282; Staudinger § 652,III,2,*B*; R.G. Gruch Bd. 56,119; L.Z. 1911,940.

65) O.L.G. Bd. 1,135.

66) Rospatt S. 548.

Lotmar und Dernburg ins Feld geführten Beweise der Gerechtigkeit und Gleichberechtigung. Ist es vom freien Belieben des Auftraggebers abhängig, ob er den Vertrag schließen und sich dadurch zur Lohnzahlung verpflichten will, so kommt man zu dem umgekehrten Ergebnis, nämlich daß es höchst ungerecht und ungleich die Stellung der Parteien wäre, wenn man dem Mäkler eine Verpflichtung zur Tätigkeit auferlegen wollte.

Als letzten Vertreter dieser Theorie möchte ich Riesenfeld anführen. Er nimmt „ein zwischen dem Mäkler und seinem Auftraggeber wechselseitig verpflichtendes Schuldverhältnis" an und fährt auf Seite 275 fort, daß das Recht auf Erfüllung bei dem Mäklervertrag eine eigenartige Gestaltung annimmt, da dem Kommittenten das Recht und die Möglichkeit fehle, den Mäkler zur Erfüllung der übernommenen Verpflichtung zu zwingen. Dies soll gleich an dieser Stelle berichtigt werden. Das Recht auf Erfüllung würde dem Auftraggeber nicht fehlen. Riesenfeld kommt zu diesem Ergebnis, weil er zu der Verpflichtung des Mäklers auch den Erfolg, den Abschluß des Vertrages rechnet. Wenn auch der Eintritt dieses Erfolges Voraussetzung für den Lohnanspruch ist, so gehört er doch nicht zur Tätigkeit des Mäklers. Diese besteht lediglich im Nachweisen oder Vermitteln. Zur Erfüllung dieser angenommenen Tätigkeitspflicht kann er auch begrifflich gezwungen werden, ob auch die tatsächliche Möglichkeit gegeben ist, werden wir später sehen. Ob der Auftraggeber das Geschäft abschließt, oder nicht, hat auf die unterstellte Verpflichtung des Mäklers keinen Einfluß. Denselben Fehler macht auch Rocholl[67]): „Es fehlt auch an der Voraussetzung, daß die Handlung ausschließlich vom Willen des Mäklers abhängig ist." Es ist eben zu trennen: Die Tätigkeit des Mäklers, das Nachweisen oder Vermitteln, von der Tätigkeit des Auftraggebers, dem Abschluß des Vertrages[68]).

II. Eine Verpflichtung des Mäklers zur Tätigkeit ist für den Regelfall ohne besondere Abmachung nicht gegeben. Der Wortlaut des Gesetzes selbst verbietet dessen Annahme. Im § 611 BGB. heißt es: „Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste verpflichtet." Im § 631 ebenso: „Durch

67) Rocholl S. 84.

68) Crome S. 418, Anm. 16.

den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes verpflichtet." Dasselbe finden wir in § 688: „Durch den Verwahrungsvertrag wird der Verwahrer verpflichtet, eine ihm vom Hinterleger übergebene Sache aufzubewahren." In allen diesen Fällen wird die Verpflichtung positiv ausgesprochen, dagegen bei unserem Mäklervertrag findet sich nichts von einer ausdrücklichen Bestimmung. Warum fehlt gerade hierüber die ausdrückliche Vorschrift, wo doch bei anderen Vorschriften auf die Kongruenz zwischen dem Mäklervertrag und dem Dienst-, Werk- und Verwahrungsvertrag geachtet worden ist. So wurde der § 653 BGB. von der II. Kommission eingefügt, trotzdem er von der Minderheit als selbstverständlich und daher entbehrlich bekämpft wurde[69]). Er wurde nur deswegen in das Gesetz aufgenommen, weil man befürchtete, daß es Mißverständnisse geben würde; denn bei dem Dienstvertrag, Werkvertrag und Verwahrungsvertrag hatte man jedesmal durch die §§ 612, 632, 689 eine ausdrückliche Bestimmung gegeben. Dasselbe Befürchten hätte aber auch bei den §§ 611, 631 bestehen müssen, wenn man dem Gesetz eine Tätigkeitspflicht des Mäklers unterstellen wollte. Hier ist der Umkehrschluß geboten, man wollte den Mäkler nicht zu einer Tätigkeit verpflichten.

Auch § 652, 2 BGB. spricht gegen eine Leistungspflicht[70]), indem er Aufwendungen des Mäklers grundsätzlich nicht ersetzen läßt. Dagegen bei Miete, Auftrag, Leihe und Verwahrung, wo Aufwendungen von dem Verpflichteten gemacht werden, gibt das Gesetz einen Ersatzanspruch für diese Aufwendungen. Bei dem Mäklervertrag muß der Ersatz von Aufwendungen besonders vereinbart sein, womit in der Praxis wohl meistens dann auch eine Tätigkeitspflicht vereinbart wird.

Auch aus der Entstehung der Vorschriften über den Mäklervertrag läßt sich die Verpflichtung des Mäklers zur Tätigkeit nicht begründen. Die Motive[71]) nehmen Bezug auf zwei Gesetzeswerke der neuesten Zeit: „Ausführlichere Bestimmungen über den Mäklervertrag haben dagegen das Sächsische BGB. §§ 1254 bis 1259 und nach dessen Vorbild der Dredn. Entwurf Art. 675 bis 680." „In dem vor-

69) Protokolle 2, S. 346; Materialien 2, S. 939; Planck zu § 653.

70) Pollaczek S. 21.

71) Motive S. 510.

liegenden Entwurf ist davon ausgegangen, daß der Mäklervertrag, abgesehen von der Bestimmung des § 580 (652) ... einer näheren Regelung nicht bedarf. Insbesondere sind außer der Bestimmung des § 580 die besonderen Vorschriften des Sächs. Gesetzbuches und des Dresdn. Entw. über den Mäklervertrag teils als entbehrlich, teils auch als bedenklich erachtet. Zu den Vorschriften der letzteren Art gehört namentlich die Bestimmung, daß der Mäklervertrag den Mäkler nur berechtigt, nicht auch verpflichtet, der Mäkler mithin auf Grund des Vertrages zur Aufwendung von Bemühungen im Interesse des Auftraggebers nicht angehalten werden könne." Diesen Inhalt hatten nämlich die Bestimmungen beider Gesetzeswerke, § 1255 Sächs. GB. und Art. 675 Dresdn. Entw. Hierzu nehmen die Motive Stellung: „Unleugbar sind im praktischen Leben die Fälle nicht selten, in welchen der Mäklervertrag die Bedeutung, von welcher das Sächs. GB. und der Dresdn. Entw. ausgehen. Ebensowenig läßt sich aber leugnen, daß der Vertrag mitunter einen anderen Charakter, nämlich den eines zweiseitigen Vertrages, durch welchen der Mäkler bestimmte Verpflichtungen übernimmt, an sich trägt!"

Bei der Verwertung dieser Auslassungen der Motive über den Charakter des Mäklervertrages kommen wir zu dem Ergebnis, daß das Gesetz zu der Frage der Leistungspflicht des Mäklers überhaupt keine Stellung nehmen wollte. Dadurch, daß die Vorschriften des Sächs. GB. und des Dresdn. Entw. für bedenklich erklärt wurden und infolge dieser Bedenken nicht in das Gesetz aufgenommen wurden, kann nicht geschlossen werden, daß das Gesetz sich nun auf den gegenteiligen Standpunkt gestellt hat[72]). Es hat eine Entscheidung, ob der Mäkler eine Tätigkeitspflicht in der Regel mit übernehme, unentschieden gelassen, so daß aus dem § 652 BGB. nach der Ansicht der Motive beide Möglichkeiten gegeben sind. Der Mäklervertrag kann ein einseitiger Vertrag sein, aber ebenso gut ein gegenseitiger Vertrag.

In tatsächlicher Hinsicht stellen die Motive aber fest, daß der Mäklervertrag *mitunter* den Charakter eines zweiseitigen (gemeint ist gegenseitigen) Vertrages haben könne, daß also tatsächlich im praktischen Leben der Fall überwiegt, daß keine Leistungspflicht des Mäklers gegeben ist. Diese tatsächliche Feststellung kann aber sehr zu unseren Gunsten sprechen. Wenn meistens kein gegenseitiger

72) Dies gegen *Golaszewski*.

Vertrag vorliegt nach Ansicht des Gesetzgebers, so wird er doch die Regeln über den Mäklervertrag nicht zugeschnitten haben für den selteneren Fall.

Zu beachten ist außerdem, daß die Motive für die Erforschung des Willens des Gesetzgebers keinen großen Wert haben, da sie sich nur auf den Entwurf erster Lesung beziehen, der Kommission aber nicht vorgelegen haben [73]).

Eine wesentliche Stütze findet die hier vertretene Verneinung der Leistungspflicht des Mäklers in der historischen Entwicklung des Mäklerrechts. Wie oben S. 12 ff. nachgewiesen ist, wurde im früheren Recht die Leistungspflicht des Mäklers nicht angenommen.

Als letzter Beweis dafür, daß kein gegenseitiger Vertrag, keine Verpflichtung des Mäklers zum Tätigwerden vorliegt, ist der praktische Wert des Ergebnisses heranzuziehen. Schon oben S. 22 ff. ist festgestellt worden, daß die Ansicht Lotmar's und Dernburg's, die Gerechtigkeit und Gleichberechtigung der Parteien erfordere eine Verpflichtung auf Seiten des Mäklers, nicht zu billigen ist. Die richtige Ansicht stützt sich auf dasselbe Argument, aber im umgekehrten Sinn. Weil der Auftraggeber nur verpflichtet ist zur Lohnzahlung, wenn er es will, wäre es ungerecht und der Mäkler schlechter gestellt als sein Auftraggeber, wenn man jenem eine unbedingte Tätigkeitspflicht auferlegen wollte. Denn auch für diesen Fall, wo der Mäkler nicht verpflichtet ist, hat der Auftraggeber eine, wie Riesenfeld [74]) sagt, noch stärkere Waffe in der Hand, als sie ihm jeglicher Rechtszwang geben könnte. Der Mäkler kann sich abmühen, kann Aufwendungen machen, ohne daß er je mit Gewißheit auf einen Erfolg rechnen kann. Der Auftraggeber ist auch hier noch derjenige, der die herrschende Stellung inne hat. Wenn es ihm gefällt, erhält der Mäkler keinen Lohn. Sollte man ihm dann noch einen Anspruch gegen diesen auf Tätigwerden geben? Auch wenn der Mäkler nach Abschluß des Mäklervertrages erkennt, daß wenig Aussicht für den Abschluß des Vertrages besteht, sei es, daß geeignete Gegenkontrahenten schlecht zu finden sind, sei es, daß er seinen Auftraggeber als äußerst wählerischen Menschen kennen lernt, wollte man ihn dann zum Tätigwerden zwingen wollen? Im Zweifel wird man doch ein Schuldverhältnis nicht weiter ausdehnen dürfen, als es unbedingt nötig ist.

73) Enneccerus § 50,II.
74) Riesenfeld Bd. 37, S. 260.

Hat es denn für den anderen Teil, den Auftraggeber, einen Wert, den Mäkler zu verpflichten? Letzterer würde dann, wenn er nicht tätig wird, auf die Leistung verklagt und verurteilt werden müssen. Mit diesem Urteil, das dem Mäkler befiehlt, seine Leistung zu erbringen, würde aber wohl wenig anzufangen sein. Wird dieser auf das Urteil hin seinen Verpflichtungen gerecht, so dürfte für den Auftraggeber wenig Erfreuliches aus der erzwungenen Tätigkeit hervorgebracht werden. Die infolge dieses Zwanges nachgewiesenen oder vermittelten Vertragsgelegenheiten würden wohl sehr wenig geeignet sein für den gewünschten Vertragsschluß.

Wird der Mäkler aber auch nach der Verurteilung noch nicht tätig, so kann der „Gläubiger" gemäß § 283 BGB. dem Mäkler eine angemessene Frist stellen mit der Erklärung, daß er nach Ablauf der Frist die Leistung nicht annehme.

Ist die Frist abgelaufen, kann er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Dies wäre ein gutes Zwangsmittel in der Hand des Auftraggebers. Aber wie soll der Schadensersatzanspruch begründet werden? Es muß doch dann nachgewiesen werden, daß das Geschäft zustande gekommen wäre, wenn der Mäkler seine Pflicht erfüllt hätte. Dieser Beweis kann geführt werden z. B. in dem Fall, wo der Mäkler einen Kontrahenten, der gut für das gewünschte Geschäft des Klägers sich geeignet hätte, einem anderen zugeführt hat[75]). Wenn der Schuldner aber kein Berufsmäkler ist oder auch als solcher derartige Vertragsschlüsse nicht nachgewiesen oder vermittelt hat, wird doch niemals bewiesen werden können, daß das Geschäft geschlossen worden wäre. Meistens wird der Mäkler sich auch damit herausreden können, daß er keinen passenden Gegner gefunden habe.

Auch prozessuale Schwierigkeiten lassen die Durchsetzung des angeblichen Anspruches illusorisch erscheinen. Die Klageschrift erfordert gemäß § 253, 2 ZPO. einen bestimmten Antrag. Diese Sachbitte muß so genau angegeben werden, daß gemäß dem Klageantrag das Urteil ergehen kann. Diese Bestimmtheit liegt aber bei den gewöhnlichen Mäklerverträgen nicht vor, die dahin gehen, Käufer oder Verkäufer für die zu verkaufenden oder zu kaufenden Gegenstände zu suchen oder auch die Vermittlung eines Kaufes oder Ver-

75) Crome S. 419.

kaufes zu betreiben. Der Antrag auf Verurteilung zu der übernommenen Nachweisung oder Vermittlung — bei letzterer sind die Handlungen des Mäklers noch weniger zu bestimmen, ja nicht einmal vorauszusehen — ist zu unbestimmt. Der Vorschrift des § 253, 2 ZPO. würde nicht genügt werden[76]).

Auch wenn wir einen so unbestimmten Klageantrag genügen lassen würden, würden wir bei der Zwangsvollstreckung auf noch größere Bedenken stoßen. Die Tätigkeit des Mäklers kann regelmäßig nicht als vertretbare angesehen werden, sie kann in der Regel nicht von einem anderen vorgenommen werden. Wenn es zweifelhaft ist, ob eine Handlung vertretbar ist, so ist dies vom Standpunkt des Gläubigers aus zu beurteilen[77]). Wenn sich dieser begnügt mit der Tätigkeit eines anderen, so ist die Handlung im Zweifel als vertretbar anzusehen[78]). Der Auftraggeber hat sich aber doch gerade für diesen Mäkler entschieden und vor allem dadurch, daß er auf die Erfüllung der Pflicht dieses Mäklers klagt, zeigt er, daß ihm dessen Tätigkeit nicht gerade als vertretbar erscheint. Er hätte ja sonst auf Schadensersatz klagen können oder hätte einfach einen anderen Mäkler beauftragen können. Denn Kosten können ihm aus der ersten Beauftragung nicht entstehen, da er das doch noch vermittelte Geschäft nicht abzuschließen braucht. Nach § 887 ZPO. könnte das Urteil demnach nicht vollstreckt werden.

Höchstens könnte § 888, II ZPO. angewendet werden. Der Wille des Schuldners wird gezwungen durch Haft oder Geldstrafe. Dieser § 888, II kann aber nur dann zur Anwendung kommen, wenn die Handlung ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängig ist. Ist das der Fall bei der Mäklertätigkeit? Bei der Verpflichtung zum Nachweisen wohl immer; hier steht der Mäkler isoliert da, er hat mit keiner Partei zu verhandeln. Aber wohl nicht bei der Vermittlungstätigkeit. Der Vermittler hat auf den Willen sowohl des Auftraggebers als auch des Gegenkontrahenten einzuwirken. Von beiden kann diese Tätigkeit vereitelt werden, indem sie sich auf ein Verhandeln mit dem Mäkler gar nicht einlassen. Daher ist die Vermittlung nicht ausschließlich vom Willen des Mäklers abhängig, aber nicht

76) Rocholl S. 84; Crome S. 418.
77) Foerster-Kann zu § 887.
78) Stein-Jonas § 887,II.

etwa im Sinne von Rocholl[79]) und Riesenfeld[80]), die den Erfolg, den Vertragsschluß zur Vermittlungstätigkeit rechnen. Eine Vollstreckung des Urteils wäre hier ausgeschlossen.

Das Merkwürdigste wäre bei einer eventuellen Verurteilung mit anschließender Zwangsvollstreckung, daß dadurch die Stellung des Auftraggebers vollkommen unberührt bleibt. Der Mäkler würde mit allen möglichen Mitteln zur Tätigkeit angehalten werden, der Auftraggeber dagegen kann vollkommen nach seinem Belieben diese Tätigkeit wertlos machen, indem er selbst die besten Möglichkeiten eines Vertragsschlusses unberücksichtigt läßt.

Diese Form des Mäklervertrages entspricht weder dem praktischen Leben noch ist sie von den Parteien beabsichtigt, was erhellt aus der Feststellung Neubauer's[81]): „Tatsächlich ist auch bei dem Kammergericht noch niemals eine Klage auf Erfüllung des Mäklervertrages gegen den Mäkler erhoben worden." Das war immerhin schon im Jahre 1891.

Wenn wir diese Ergebnisse verwerten, müssen wir feststellen, daß eine Pflicht des Mäklers zur Tätigkeit nicht gegeben ist, daß ein gegenseitiger Vertrag nicht vorliegen kann.

§ 8.

c) Ist der Mäklervertrag ein einseitiger Vertrag?

Den Gegensatz zu der Theorie des Mäklervertrages als eines gegenseitigen Vertrages stellen die beiden anderen Theorien als Einheit gefaßt dar. Bei diesem Gegensatz handelt es sich um die Frage der Leistungspflicht des Mäklers. Wer sie bejahte, gelangte zu einem gegenseitigen Vertrage; verneint man sie, so gelangt man zu der Annahme, daß der Mäklervertrag entweder ein einseitiger oder unvollkommen zweiseitiger Vertrag ist.

Einen streng einseitigen Vertrag nehmen Reuling[82]), Siber[83]), Burchardt[84]) an. Bei Reuling heißt es: „Der Mäkler wird tätig, weist nach, vermittelt, nicht weil er dazu verpflichtet ist, sondern weil er die Bedingung

79) Rocholl S. 84.
80) Riesenfeld Bd. 37, S. 272.
81) Neubauer S. 10.
82) Reuling S. 193 ff.
83) Siber S. 19 ff.
84) Burchardt S. 290.

erfüllen will, die Voraussetzung ist, damit er den versprochenen Lohn erhält (conditionis implendae causa). Es ist ein bedingtes Zahlungsversprechen, eigenartig insofern, als der Mäkler nur die eine Bedingung erfüllen könne, während es außer seiner Macht liegt, auch die zweite Bedingung zu erfüllen, nämlich den Abschluß des Vertrages." Diese eigenartige Bedingung will er als umgekehrte Potestativbedingung bezeichnen. Denn bei den gewöhnlichen Potestativbedingungen liegt es in der Macht des bedingt berechtigten Gläubigers, den Eintritt dieser Bedingung herbeizuführen. Bei dieser Bedingung dagegen, die der Abschluß des Vertrages ist, ist ihr Eintritt von dem Willen des bedingt Verpflichteten abhängig. Dieser verpflichtet sich für den Fall, daß er es will. Das ist die heute so berühmte Wollensbedingung, die nach h. A. zulässig ist[85]).

Jedenfalls würde es nicht im Interesse des Auftraggebers liegen, so fährt Reuling fort, den Mäkler zu einer Tätigkeit zu verpflichten, denn den Mäkler wird man mit der Annahme eines gegenseitigen Vertrages nicht stärker zwingen können, als schon sein eigenes Interesse es tut, da er ja den Mäklerlohn verdienen will.

Ebenso sagt Burchardt: „Der Mäklervertrag sei eigentlich nur ein einseitiges Versprechen des Auftraggebers unter einer doppelten Potestativbedingung. Der Mäkler habe es in seiner Hand, ob er den Lohn verdienen wolle, er habe es aber nicht in der Hand, ob er ihn verdienen könne."

Beiden Schriftstellern ist vollkommen beizupflichten in ihrer Stellungnahme gegen die Vertreter der Theorie des gegenseitigen Vertrages. Besonders dem Gedanken Reuling's, daß der Mäkler durch den Willen, den Lohn zu verdienen, mehr zu einer Tätigkeit angehalten wird als durch Annahme einer gesetzlichen Tätigkeitspflicht. Andererseits verfallen sie aber in den Fehler, daß sie sich gleich auf den extremen, entgegengesetzten Standpunkt stellen, wenn sie jede Verpflichtung des Mäklers aus dem Vertrage zwischen ihm und seinem Auftraggeber ablehnen. Der Mäkler ist, wenn sie seine Tätigkeit lediglich als Bedingung für den Lohnanspruch ansehen, nicht Schuldner; er kann keine Vertragspflicht verletzen, da ihm keine Pflichten obliegen. Er steht dem Auftraggeber gegenüber wie jeder andere Dritte. Bei irgendeiner Schädigung oder Verletzung der Interessen

85) Enneccerus § 181,IV,3.

des Auftraggebers von Seiten des Mäklers haftet dieser nur nach den Grundsätzen der unerlaubten Handlung, also nur wenn ein subjektives Recht (§ 823, 1), ein Schutzgesetz (§ 823, 2) verletzt ist, oder wenn er vorsätzlich in sittenwidriger Weise Schaden zugefügt hat (§ 826). Alle anderen Schädigungen, die nicht unter diese drei Tatbestände fallen, lassen eine Haftung des Mäklers entfallen.

Auf dem gleichen Standpunkt steht Siber[86]), der es direkt ausspricht, daß aus unterlassener Tätigkeit oder aus Handlungen zum Nachteil des Auftraggebers keine Haftung gegeben ist, es sei denn, daß der Tatbestand einer unerlaubten Handlung gegeben sei. „Insbesondere folgt eine Ersatzpflicht nicht aus § 242 BGB." Das war wohl eigentlich unnötig auszusprechen. Aus dieser Vorschrift allein kann doch niemals ein Schadensersatzanspruch hergeleitet werden; sie bestimmt nur, wie der Schulder seine Leistung zu bewirken hat. Wenn man aber jede Pflicht des Mäklers leugnet, wie es gerade Siber auch tut, so ist er eben nicht Schuldner, er hat gar keine Leistung zu erbringen, und demgemäß entfällt überhaupt die Frage und die Vorschrift, wie er die Leistung zu erfüllen hat.

Auf eine andere Weise versucht Siber[87]) die Situation etwas zu retten: „Kraft positiver Vorschrift des § 654 BGB. sei bestimmt, daß der Mäkler des Lohnes verlustig gehen solle, wenn er auch für den anderen Teil vertragswidrig tätig werde. Diese Vorschrift sei überflüssig, da sie ja nur ein Fall eines allgemeinen Prinzipes sei, daß der Mäkler bei Vertragswidrigkeit seinen Lohnanspruch verliere. Dieses Prinzip ergäbe sich aus den §§ 652; 162, 2. Bedingung für den Lohnanspruch des Mäklers sei das Zustandekommen des Vertrages; handele der Mäkler nun gegen das Interesse des Auftraggebers, so habe er den Eintritt der Bedingung wider Treu und Glauben herbeigeführt, die Bedingung gelte dann als nicht eingetreten."

Trotz ihres zuerst bestechenden Eindruckes ist diese Konstruktion aber fehlerhaft. Schon oben im entgegengesetzten Fall, wo der Auftraggeber den Eintritt der Bedingung wider Treu und Glauben verhindert haben sollte, mußten wir feststellen, daß das Zustandekommen des Vertrages eine condicio juris für das Entstehen des Lohnanspruches ist, diese aber nicht den rechtsgeschäftlichen Bedingungen gleichzustellen ist, daher für sie die §§ 158 ff. BGB. nicht

86) Siber S. 23.
87) Siber S. 25.

gelten [88]). Außerdem wäre bei Möglichkeit dieser Konstruktion das Ziel nur halb erreicht. Es würde nur der Lohnanspruch des Mäklers wegfallen, eine positive Folge, eine Haftung auf Schadensersatz würde hierdurch nicht gegeben sein.

Interessant ist Siber's Versuch aber insofern, als er mit dem Ergebnis seiner eigenen Ansicht, daß der Mäklervertrag ein streng einseitiger Vertrag sei, nicht zufrieden ist, sondern auf dem Wege von Hilfskonstruktionen zu einem angemessenen Ergebnis zu kommen versucht. Ein richtiger Kern steckt schon in der Siber'schen Ansicht. Durch den § 654 BGB., der den Lohnanspruch des Mäklers zum Wegfall bringt bei vertragswidrigem Tätigwerden auch für den anderen Teil, wird das Prinzip angedeutet, daß vertragswidriges Handeln auf Seiten des Mäklers für ihn ungünstige Folgen haben soll, daß er zum sorgfältigen, vertragsmäßigen Handeln, wenn er überhaupt handelt, verpflichtet ist [89]). Wenn Siber seinen Gedanken soweit ausgeführt hätte, hätte er damit auch seine eigene Ansicht getroffen, daß nämlich der Mäkler niemals aus Vertrag haftet, da er gar nicht Schuldner ist.

Hierin liegt gerade der Mangel dieser Theorie des einseitigen Vertrages als passender Typus für den Mäklervertrag. Der Auftraggeber ist gegen den Mäkler auf Schadensersatzforderungen aus dem vollkommen unzureichenden Gebiet der unerlaubten Handlungen angewiesen, trotzdem der Mäkler doch zu ihm in etwas näherer Beziehung stehen dürfte als jeder beliebige Dritte, der irgendwelche schädigenden Handlungen vornimmt. Aus diesem Grunde ist der Mäklervertrag kein streng einseitiger Vertrag.

§ 9.

d) Der Mäklervertrag ist ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag.

Nachdem die beiden bisher untersuchten Theorien über den Charakter des Mäklervertrages abgelehnt worden sind, gilt es jetzt, positiv die eigene Ansicht, daß der Mäklervertrag ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag ist, zu verteidigen, eine Ansicht, die von der Mehrzahl und den bedeutendsten der Schriftsteller geteilt wird [90]).

88) Hierzu siehe oben S. 23.

89) Oertmann Vorbem. § 652,3,*a*,8.

90) Staub Vorbem. § 93, Anm. 2; Planck Vorbem. § 652; Warneyer Vorbem. zu § 652; Staudinger Einl.

Wenn der Mäkler auch nicht zur Tätigkeit verpflichtet ist, so liegen ihm doch Verpflichtungen ob. Der Mäkler ist zur Treue verpflichtet, der eigenartig ausgeprägten Mäklertreue. Diese Pflicht läßt die Annahme eines einseitigen Vertrages entfallen. Die Ansicht Warneyer's[91]) ist nicht zu halten: „Gleichviel ob man den Mäklervertrag als einseitig oder zweiseitig verpflichtenden Vertrag ansieht, ... liegt dem Mäkler unter allen Umständen Pflicht zur Sorgfalt und Treue ob." Ebenso auch Enneccerus[92]), der es vollkommen unentschieden läßt und es nur vom Willen der Parteien abhängen läßt, ob ein einseitiger oder ein gegenseitiger Vertrag vorliegt[93]). Er sagt bei beiden Vertragsarten, dem einseitigen oder gegenseitigen, ist der Mäkler zur Treue und Sorgfalt verpflichtet. Wie kann man aber bei einem einseitigen Vertrag eine Treupflicht des Mäklers, der kein Schuldner ist, konstruieren, was nicht einmal die Vertreter dieser Ansicht getan haben, abgesehen von dem Versuch Siber's, eine solche aus den §§ 652, 162 herauszufinden? Daraus sieht man, daß mindestens ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag zugrunde gelegt werden muß, wenn man sich für eine Treupflicht des Mäklers entscheidet.

Bei Enneccerus[94]) erklärt sich dies durch seine Terminologie. Er stellt nämlich in Gegensatz die gegenseitigen Verträge, weil für sie die besonderen Vorschriften der §§ 320 bis 327 aufgestellt sind, zu allen anderen, die er unterscheidet in streng einseitige und nicht streng einseitige Verträge. Bei dem Mäklervertrag meint er dann nur den nicht streng einseitigen Vertrag.

Wie aber Warneyer seine obigen Worte verteidigen will, ist unerklärlich, da er ebenso wie hier die einseitigen von den unvollkommen zweiseitigen und den vollkommen zweiseitigen (gegenseitigen) Verträgen trennt[95]). Nach seiner Terminologie ist ein einseitiger Vertrag ein streng einseitiger Vertrag in unserem Sinne; bei diesem ist aber für eine Pflicht des Mäklers kein Raum.

---

§ 652,6; Enneccerus-Lehmann § 292,I,1; Oertmann Vorbem. § 652; v. Gierke S. 122,I,1,9; Kuhlenbeck Vorbem. § 652; Endemann § 176,2,*ab*; Doerr S. 621; Enneccerus § 377; R.G.R. Komm. Vorbem. § 652.

91) Warneyer § 652,III.

92) Enneccerus § 378,I,1.

93) Enneccerus § 377,I.

94) Enneccerus § 256,I.

95) Warneyer Vorbem. zu § 305.

Wenn als Bezeichnung dieses Abschnittes die Ueberschrift „der Mäklervertrag ist ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag" gewählt ist, so ist damit unterstellt worden, daß der Mäkler zur Tätigkeit nicht verpflichtet erachtet wird, dagegen aber zur Treue und Sorgfalt. Als Verteidiger dieser Ansicht sind auch angeführt: Staub, Staudinger und der RGR.-Kommentar. Das ist auch richtig, und deswegen sind sie auch nicht zu den Vertretern der Ansicht, daß der Mäklervertrag ein gegenseitiger Vertrag sei, gerechnet worden, weil diese eine Pflicht zum Tätigwerden annehmen. Trotzdem halten diese drei Genannten den Mäklervertrag für einen gegenseitigen Vertrag. Es wird von ihnen nirgends näher ausgeführt oder verteidigt. Sie müssen schon die Treupflicht des Mäklers als Gegenleistung für den Mäklerlohn ansehen, oder wie sollten sie sonst zu der Annahme eines gegenseitigen Vertrages kommen, da sie alle die Verpflichtung des Mäklers zur Tätigkeit nicht als den Regelfall ansehen[96]). Kann aber die Treuverpflichtung als Gegenleistung angesehen werden? Wird für diese Treupflicht der Mäklerlohn bezahlt? Der Mäkler erhält zwar seinen Lohn für sorgfältige Tätigkeit, aber doch für die Tätigkeit und seine gemachten Aufwendungen, natürlich immer unter der Bedingung, daß er treu und sorgfältig gewesen ist, aber doch nicht allein für die Treue und Sorgfalt. Derselbe Staudinger[97]) definiert den gegenseitigen Vertrag: „Gegenseitig ist ein Vertrag, wenn in ihm zwei Verpflichtungen sich in der Weise gegenüberstehen, daß die eine das Aequivalent der anderen bildet, und Versprechen und Gegenversprechen sich gegenseitig bedingen." Diese Aequivalenz fehlt doch der Treupflicht gegenüber der Lohnzahlungspflicht. Aus diesem Grunde ist hier die Annahme eines gegenseitigen Vertrages abzulehnen.

Enneccerus[98]) schreibt ironisch in einer versteckten Anmerkung: „Hierdurch (durch die Treupflicht) wird der Mäklervertrag nicht zu einem gegenseitigen, wie manche anzunehmen scheinen, denn nicht hierfür wird der Mäklerlohn gezahlt."

Die drei Schriftsteller kommen natürlich zu einem anderen Ergebnis, da für sie die Anwendung der §§ 320 bis 327 BGB. gegeben ist. Es wird praktisch bei der Haftung des

96) Staub Vorbem. § 93, Anm. 2; Staudinger Vorbemerkung § 652, Anm. 6; R.G.R. Komm. § 652,I.

97) Staudinger Vorbem. § 305,V,2.

98) Enneccerus § 378, Anm. 1.

Mäklers, wenn er diese Treupflicht verletzt hat. Auf zweierlei Weise kann er hierfür haftbar gemacht werden, einmal durch Verpflichtung zum Schadensersatz und zweitens durch Verlust des Lohnanspruches. Liegt ein gegenseitiger Vertrag vor, so ist § 320 anwendbar, dem Lohnanspruch des Mäklers wird die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegengesetzt, was praktisch den Verlust desselben bedeutet [99]). Wenn wir aber einen unvollkommen zweiseitigen Vertrag verteidigen, so ist die Anwendung dieser nur für gegenseitige Verträge geltenden Vorschrift ausgeschlossen [100]).

Trotzdem wollen aber auch wir den Verlust des Mäklerlohnes erreichen, was dringend erwünscht ist. Mit der Verpflichtung zum Schadensersatz ist dem Auftraggeber nicht immer geholfen, da bei einem großen Objekt die Mäklergebühr viel höher sein kann als der entstandene Schaden, vielleicht auch überhaupt kein Schaden entstanden zu sein braucht. Wollte man hier aber dem Mäkler trotzdem den ganzen oder den durch den Schadensersatz verringerten Lohn zubilligen?

Es sind zwei Wege gangbar, um den Lohnanspruch zu vernichten. Ist der Schaden ebenso groß oder größer als der Lohnanspruch, so genügt die exceptio doli für den Auftraggeber. Warneyer [101]) läßt diese exceptio doli gegeben sein: „Wenn etwas verlangt wird, was auf Grund eigener Schadensersatzpflicht zurückerstattet werden muß. Insofern gilt noch heute der gemeinrechtliche Satz: dolo facit, qui petit, quod statim redditurus sit". Hier genügt diese Einrede der Arglist; es bleibt das Bedenken, daß der Schaden kleiner sein kann, als der Lohnanspruch, und ja nur in der Höhe des Schadens ein Rückgabeanspruch besteht [102]), der überschießende Betrag von der Einrede der Arglist aber nicht betroffen wird.

Den m. E. richtigen Weg schlägt Enneccerus [103]) ein. Bei Verletzung der dem Mäkler obliegenden Treu- und Sorgfaltspflicht ist nach Analogie des § 654 BGB. anzuneh-

---

99) Diese Einrede des nicht erfüllten Vertrages findet sich auch in R.G. in Seuff. Arch. Bd. 56,127; in L.Z: 1920,758; O.L.G. Bd. 22,321; 24,389.

100) Diesen Fehler macht anscheinend Samson-Himmelstjerna S. 52 und 53.

101) Warneyer zu § 242,IV.

102) R.G. in Seuff. Arch. Band 64,267; Oertmann § 652,1,*d*.

103) Enneccerus § 378, Anm. 3.

men, daß der Anspruch auf den Mäklerlohn verloren geht. Es ist schon oben auf S. 33 angedeutet worden, daß in dem § 654 BGB. das Prinzip zum Vorschein tritt, daß der Mäkler bei Interessenverletzung seines Auftraggebers Nachteile erleiden soll. Wenn auch diese Vorschrift nur für den einen Fall, in dem der Mäkler vertragswidrig auch für den anderen Teil tätig geworden ist, den Lohnanspruch entfallen läßt, so ist dieser Fall doch zu einem Prinzip zu verallgemeinern, so daß eine Analogie zulässig erscheint[104]).

Wir kommen hiermit zu dem ähnlichen Ergebnis wie Staub, Staudinger und der RGR.-Kommentar. Verletzt der Mäkler die ihm obliegenden Pflichten, so ist sowohl Schadensersatz aus den allgemeinen Vorschriften als auch der Verlust des Lohnanspruches gegeben. Ein Unterschied besteht nur insofern, als wir nach § 654 BGB. den Wegfall des Lohnes annehmen, jene dagegen dem Auftraggeber die Einrede des nicht erfüllten Vertrages geben. Wenn daher jene Schriftsteller auch formell zu den Vertretern der anderen Ansicht gehören, so sind wir doch berechtigt, sie zu den Unseren zu rechnen, da sie dieselben Pflichten des Mäklers annehmen und sie zu einem ähnlichen Ergebnis kommen wie wir.

Wie kommen wir aber zu diesen Vertragspflichten des Mäklers? Einmal stellt schon der § 654 BGB. negativ eine solche fest. In positiver Formulierung würde er heißen: „Der Mäkler hat dem Inhalt des Vertrages gemäß zu handeln, wenn er auch für den Gegenkontrahenten tätig werden will, bei Verlust seines Lohnes." Diese Vorschrift hatten wir analog ausgedehnt auf alle Fälle der Interessenverletzung des Auftraggebers durch den Mäkler.

Zum anderen möchte ich auf Crome[105]) zurückkommen: „Nun heißt es doch geradezu eine Prämie auf die Verletzung von Treu und Glauben, Gewissenhaftigkeit und Redlichkeit im Rechtsverkehr setzen, wenn man in einem Falle, wo der eine Teil genötigt ist, dem anderen sein ganzes Innere aufzudecken, sich gänzlich seiner Treue, Geschicklichkeit und Umsicht zu überlassen, den anderen in dieser Hinsicht nur für Dolus und Delikt haftbar macht." Wenn an früherer Stelle dieser Ausspruch verworfen wurde, so geschah es deswegen, weil Crome hiermit auch eine Tätigkeitspflicht des Mäklers begründen wollte. Aber auch bei der Ablehnung dieser Pflicht

104) Oertmann Vorbem. § 652,3,*a*,γ.
105) Crome S. 416.

behält der Satz seinen Wert. Dadurch daß der Auftraggeber dem Vermittler ein besonderes Vertrauen schenken muß, damit überhaupt Aussicht auf Erfolg gegeben ist, so entspricht es den berechtigten Interessen des Auftraggebers, dem Mäkler wegen dieser Vertrauensstellung eine „eigenartig ausgeprägte Treuverpflichtung“ [106]) aufzuerlegen [107]).

Diese Treuverpflichtung läßt sich genauer präzisieren mit Riesenfeld [108]) in die Pflicht zur Verschwiegenheit, zur Treue und Sorgfalt.

Es galt schon von jeher als oberste Pflicht des Mäklers „la discretion et le secret“ [109]). Im alten HGB. war diese Verschwiegenheitspflicht ausdrücklich im Art. 69 Ziff. 5 vorgeschrieben, wurde aber in das neue HGB. nicht mit hinübergenommen, mit Recht gestrichen, da sie sich schon aus den allgemeinen Grundsätzen der für den Mäkler geltenden Vorschriften ergibt [110]). Alles, was der Auftraggeber ihm mitgeteilt hat, seine Verhältnisse, seine Absichten, seine äußersten Bedingungen hat er streng geheim zu halten. Er hat eine Verschwiegenheit zu beobachten, welche durch das geschäftliche Interesse des Auftraggebers bedingt ist [111]).

Unverständlich ist aber die Beschränkung dieser Pflicht, die Warneyer [112]) macht, indem er sie nur gegenüber dem Gegenkontrahenten für geboten hält. Jedem gegenüber hat hält. Jedem gegenüber hat der Mäkler seine Verschwiegenheitspflicht zu beobachten. Eine Beschränkung wäre eher gegenüber dem Gegner angebracht. Es wird nach Maßgabe der Verhältnisse der Mäkler von dieser Pflicht insoweit für entbunden zu erachten sein, als er bei dem Vermitteln meistens den Namen seines Auftraggebers bekannt geben muß [113]), da ja ohne Kenntnis voneinander die Kontrahenten den Vertrag gar nicht abschließen können. Dem Gegner wird er bei der Vermittlung genauere Angaben machen müssen, da sonst eine Vermittlung undenkbar ist. Alle diese Offenbarungen darf er fremden Dritten dagegen nicht machen. Wir haben also strengste Verschwiegenheit Dritten gegen-

106) Staudinger § 652,II,1.
107) Rocholl S. 84.
108) Riesenfeld Bd. 37,277; Staudinger § 652,2,1; Warneyer § 652, III.
109) Riesenfeld Bd. 37,277.
110) Crome S. 426, Anm. 42; Cohen Bd. 12,245.
111) Staudinger § 652,II,1,*b*.
112) Warneyer § 652,III.
113) Riesenfeld Bd. 37,277.

über, Verschwiegenheit nach Maßgabe der Verhältnisse gegenüber dem Gegenkontrahenten.

Der Mäkler ist zur Sorgfalt verpflichtet, wenn er schon tätig geworden ist z. B. bei der Ermittlung und Uebermittlung wesentlicher Tatsachen[114]). Durch dieses Tätigwerden, zu dem er ja nicht verpflichtet war, hat er schon in den Interessenkreis des Auftraggebers eingegriffen, hat vielleicht schon dem Gegner Offenbarungen gemacht. Bevor er tätig geworden ist, kann deshalb von einer Sorgfaltspflicht nicht gesprochen werden. Seine Stellung ist ähnlich der des auftraglosen Geschäftsführers.

Der Mäkler ist seinem Auftraggeber zur Treue verpflichtet. Er hat ihm alle interessierenden Tatsachen getreulich mitzuteilen[115]), selbst solche, die geeignet sind, jenen vom Vertragsschluß abzuhalten. So hat er die Mängel der zu kaufenden Sache dem Auftraggeber zwecks Verhinderung des Vertragsschlusses bekanntzugeben[116]). Er darf dem Vertrage nicht entgegenarbeiten, den er schon vermittelt hat[117]). Wenn ihm bekannt geworden ist, daß der Gegner zahlungsunfähig ist, so hat er dies dem Auftraggeber mitzuteilen[118]), aber nicht hat er selbst Ermittlungen über die Zahlungsfähigkeit anzustellen, da es Sache des abschließenden Auftraggebers ist, sich über die Güte und Vertrauenswürdigkeit seines Vertragsgegners zu orientieren[119]). Im einzelnen sollen nicht alle Fälle der Treuverpflichtung aufgezählt werden, es sei verwiesen auf die Kommentare Staub, Vorbem. zu § 93 Anm. 37; Staudinger § 652, II, 1b und c; RGR.-Kommentar zu § 652, die alle Möglichkeiten des Inhalts der Treupflicht des Mäklers aufgeführt haben; bei ihnen sind auch die zahlreich angeführten Entscheidungen zu finden.

Auf der Seite des Mäklers haben wir als seine Pflichten die Verschwiegenheit, Sorgfalt und Treue festgestellt. Prägnant definieren Staub Vorbem. zu § 93 Anm. 37; Planck Vorbem. § 652, II, 3a und Oertmann Vorbem. zu

---

114) Planck Vorbem. § 652,IV,3,*a*.

115) Staudinger § 652,II,1,*c* (hier auch die angegebenen Entscheidungen).

116) R.G. in Seuff. Arch. Bd. 56,75; in Jur. Woch, 1910, S. 284.

117) R.G. in Seuff. Arch. Bd. 56,24.

118) R.G. in Gruch. Bd. 45,1010.

119) Riesenfeld Bd. 37,280; Dörr S. 228; R.G. bei Gruch. Bd. 45,1010.

§ 652 die Tätigkeit des Mäklers etwa so: „Der Mäkler ist zunächst zu keiner Tätigkeit verpflichtet, wird er aber tätig, so hat er es im Interesse des Auftraggebers zu tun; verletzt er diese Verpflichtung, so haftet er für sein und seiner Gehilfen Verschulden."

Trotzdem halte ich diese Fassung für zu eng. Nur für Pflichtverletzungen *während* seiner Tätigkeit soll er haften? Wenn er nicht verpflichtet ist tätig zu werden, so braucht er dem Auftraggeber keine Mitteilungen zu machen, braucht ihm nicht abzuraten, hat für keine Sorgfalt einzustehen, so lange er seine Tätigkeit für jenen nicht begonnen hat. Für die Sorgfalts- und Treupflicht halte ich die obige Definition für passend. Wenn der Mäkler aber die Mitteilungen, die ihm der Auftraggeber vielleicht in weitgehendstem Maße gemacht hat, an Freunde, Bekannte oder sonstige Dritte verrät, ohne daß er sich positiv bemüht, er also nicht tätig geworden ist? Dann versagt obige Formulierung. Er würde in diesem Fall demnach nur bei Vorliegen eines Deliktes haftbar gemacht werden können. Auch hier möchte ich eine Vertragspflicht annehmen, denn hierin liegt ein wesentlicher Teil der Vertrauensstellung des Mäklers. Mit Abschluß des Mäklervertrages entsteht sofort eine unbedingte Pflicht zur Verschwiegenheit; wird der Mäkler auch tätig, was auf seinem freien Willen beruht, so hat er das Interesse seines Auftraggebers zu wahren, die Sorgfalts- und Treupflicht innezuhalten. Verletzt er vorsätzlich oder fahrlässig diese seine Verpflichtungen, so haftet er nach allgemeinen Vorschriften (§§ 276, 280, 286 BGB.) dem Auftraggeber auf Schadensersatz als positive Folge, andererseits verliert er als negative Folge seinen Lohnanspruch nach Analogie des § 654 BGB. Letztere Wirkung ist besonders dann wichtig, wenn der Lohn den Schaden überragt.

Wir haben ein ähnliches rechtliches Verhältnis wie bei der Leihe und dem Auftrag. Eine Leistungspflicht liegt nur dem einen Teil ob, während der andere Teil nur unter Umständen zu einer Leistung verpflichtet wird. Durch den Auftrag übernimmt eine Verpflichtung der Beauftragte, der Auftraggeber ist zunächst zu nichts verpflichtet. Nur wenn der Beauftragte zu ersetzende Aufwendungen macht, oder wenn er Schaden erleidet, den jener vorausgesehen hat oder voraussehen mußte[120]), so entsteht auch für den Auftraggeber eine Verpflichtung zum Ersatz der Aufwendungen oder des

120) Oertmann § 370,3,*b*.

Schadens (§ 670 BGB.). Diese Verpflichtungen treten nur evtl. ein, bei manchen Aufträgen entstehen sie vielleicht gar nicht. Ihre Grundlage ist aber zu finden in dem Vertrag, mit Abschluß dieses Vertrages entsteht die obligationenrechtliche Verstrickung. Ob und wann die einzelnen Verpflichtungen eintreten, hängt von Umständen ab, die während des Schuldverhältnisses auftreten. So ist auch die Stellung des Mäklers zu denken. Er ist obligatorisch verhaftet durch den Abschluß des Mäklervertrages, nicht kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift, aber nach dem Sinn und dem Willen des Gesetzes und der allgemeinen Auffassung vom Wesen des Mäklervertrages. Mit diesem Moment übernimmt der Mäkler die Treuverpflichtung. Vor dem Tätigwerden haftet er schon für die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht, die Sorgfalts- und Treupflicht kann er nur während seiner Tätigkeit verletzen [121]).

Haben wir die Pflichten und damit die rechtliche Stellung des Mäklers kennen gelernt, so ist es erforderlich, kurz auf die Verpflichtungen des Auftraggebers einzugehen. Es ist schon dauernd von dem „Auftraggeber" gesprochen worden. Unter dem Mäklervertrag findet sich in dem Gesetz das Wort nicht; es ist der Kürze wegen von der Wissenschaft und dem Leben geprägt worden für den, der dem Mäkler für das Nachweisen oder das Vermitteln eines Vertrages einen Lohn versprochen hat.

Es ist schon oben S. 23 ff. festgestellt worden, daß dieser Auftraggeber nicht verpflichtet ist, den fraglichen Vertrag abzuschließen; er hat es vollkommen in seiner Hand, ob er die Tätigkeit des Mäklers verwerten will. Eine Verpflichtung entsteht erst für ihn, wenn er den Vertrag abschließt. Es liegt eine bedingte Verpflichtung vor, bedingt durch seinen eigenen Willen. Es ist eine Verpflichtung unter einer Wollensbedingung, vergleichbar mit der Stellung des Käufers beim Kauf auf Probe. Diese Lohnzahlungspflicht ist die wichtigste auf der Seite des Auftraggebers. Sie ist an folgende Voraussetzungen geknüpft:

1. Der gewünschte Vertragsschluß muß gültig zustande gekommen sein. Der Vertrag muß zwischen einem Dritten und dem Auftraggeber geschlossen sein. Ist der Mäkler der Vertragsgegner, so hat er keinen Lohnanspruch [122]). Es muß

121) A. M. Woltersdorf S. 40, der die gesamte Treupflicht als Accessorium der Tätigkeit auffaßt, sie vorher also leugnet.

122) Staub Vorbem. § 93, Anm. 18.

der gewünschte Vertrag oder ein ähnlicher mit demselben wirtschaftlichen Erfolg vorliegen[123]), nicht ist nur auf die juristische Gestalt Wert zu legen. Der Vertrag muß rechtsgültig sofort rechtswirksam sein. § 652, 1, 1 bestimmt ausdrücklich, daß erst dann der Lohn zu zahlen ist, wenn bei einem bedingten Vertrag die Bedingung eingetreten ist. Bei einem auflösend bedingten Vertrag ist der Lohn zu zahlen; tritt jedoch die Bedingung ein, so ist das Empfangene zurückzuzahlen, wenn nicht trotz dem Eintreten der Bedingung der Erfolg erreicht worden ist[124]). Ist der Vertrag anfechtbar, so ist der Lohn solange zu zahlen, bis er auch wirklich angefochten ist[125]). Gehört zur Gültigkeit des Vertrages eine besondere Form, z. B. § 313 BGB., so muß auch diese erfüllt sein[126]). Bei Realkontrakten muß die eine Leistung erbracht sein, da sonst nur ein Vorvertrag vorliegt[127]).

2. Es ist eine Tätigkeit des Mäklers nötig, ein Nachweisen oder ein Vermitteln je nach dem Inhalt des Vertrages. Eine persönliche Tätigkeit ist nicht erforderlich, es können auch Unterhändler oder Gehilfen auftreten. Bei dem Vertragsschluß braucht der Mäkler nicht anwesend zu sein, wie es überhaupt auf das Maß seiner Tätigkeit nicht ankommt[128]).

3. Der Vertragsschluß muß infolge des Nachweisens oder infolge der Vermittlung des Mäklers zustande gekommen sein (§ 652 BGB.). Es muß also Kausalzusammenhang bestehen zwischen der Tätigkeit des Mäklers und dem Abschluß des Vertrages. Wann das der Fall ist, ist nach allgemeinen Regeln über Kausalzusammenhang zu beurteilen. Die Tätigkeit braucht z. B. nicht die alleinige Ursache gewesen zu sein[129]), sie muß aber mitbestimmend gewesen sein für den Vertragsschluß. Hiermit erledigt sich auch die Frage, wenn der Auftraggeber unter arglistiger Um-

123) Enneccerus § 378,II,1,c; Staub Vorbem. § 93, Anm. 33; Warneyer § 652,IV.

124) Enneccerus § 378,II,1,b; Motive II, S. 513; a. A. Staub Vorbem. § 93, Anm. 30.

125) Staub Vorbem. § 93, Anm. 31; Planck § 652, 2, c.

126) Staub Vorbem. § 93, Anm. 22.

127) R.G. Bd. 39,231.

128) Staub Vorbem. § 93, Anm. 32 mit Entscheidungen.

129) Staudinger § 652,III,5; Warneyer § 652,IV; Staub Vorbem. § 93, Anm. 31. (Bei Genannten auch Entscheidungen.)

gehung des Mäklers den Vertrag abschließt. Es gibt nur zwei Möglichkeiten: entweder liegt Kausalzusammenhang vor, dann kann der böse Wille oder die Gleichgültigkeit des Auftraggebers die Lohnzahlungspflicht nicht beseitigen, oder aber die Kausalität fehlt, dann ist ohnehin kein Lohnanspruch gegeben [130]).

4. Diese genannten Erfordernisse ergeben sich direkt aus dem § 652 BGB. Als vierte Voraussetzung der Lohnzahlungspflicht ist aus dem Wesen der Erfüllung des Mäklers die Kenntnis des Auftraggebers von der mitwirkenden Tätigkeit des Mäklers gegeben [131]). Nicht nötig ist die Kenntnis der Kausalität im Rechtssinn, sondern von der tatsächlichen Mitwirkung. Einmal wird diese Kenntnis als Voraussetzung des Lohnanspruches damit begründet, daß der Auftraggeber den Mäklerlohn berücksichtigen müsse bei dem Vertragsschluß, da hierdurch die Höhe des Preises beeinflußt würde; wenn aber der Auftraggeber auch ohne diese Kenntnis abgeschlossen hätte, sei von diesem Moment abzusehen [132]). Außer diesen Erwägungen des materiellen Interesses für den Auftraggeber wird eine juristische Begründung gegeben in RG. Bd. 47, 254/5, die wörtlich wiedergegeben werden soll wegen ihrer prägnanten Kürze: „Der Anspruch des Mäklers auf die ihm versprochene Vergütung ist nicht wie bei den sonstigen Verträgen über Handlungen schon dann begründet, wenn der Mäkler die übernommenen Dienste geleistet hat, sondern erst dann, wenn das von ihm zu vermittelnde Geschäft auch wirklich zustande gekommen ist. Zum Abschluß dieses Geschäftes wird der Auftraggeber durch den erteilten Auftrag an den Mäkler nicht verpflichtet. Es hängt daher von seinem Willen ab, ob er die von dem Mäkler geleisteten Dienste annehmen will. Erst wenn er sich für die Annahme derselben entschieden hat, wird er zur Zahlung der Provision verpflichtet. Eine Annahme der Dienste ist aber nur dann möglich, wenn der Auftraggeber vor Abschluß des Geschäftes von der vorausgegangenen Vermittlertätigkeit Kenntnis erlangt hat. Deshalb muß der Mäkler zur Begründung seines Provisionsanspruches beweisen, daß der Auftraggeber zu der erwähnten Zeit Kenntnis hatte." Dieser Entschei-

130) Vgl. Motive II, S. 512; Doerr S. 637; Planck § 652,III,*d* u. a. m.

131) R.G. Bd. 31,291; 83,32; 47,253; 68,202; bei Seuff. Arch. 78,32; bei Gruch. 48,344; Warneyer 1910,331. Ebenso fast alle Schriftsteller außer Oertmann § 652,2.

132) R.G. Bd. 68,203.

dung dürfte nichts mehr hinzuzufügen sein. Die obige Entscheidung (Band 68, 203), die nach der letztgenannten ergangen ist, hält sich nicht im Rahmen der letzteren. Voraussetzung für den Lohnanspruch ist die Annahme der Mäklerdienste. Wenn aber von der Kenntnis abgesehen wird, wenn der Auftraggeber auch ohne sie abgeschlossen hätte, dann fehlt doch die Annahme der Mäklertätigkeit. Mit Recht hat Jacusiel[133]) auf diesen Gegensatz hingewiesen.

Außer der Lohnzahlungspflicht ist das ganze Verhalten des Auftraggebers von Treu und Glauben beherrscht[134]). Er haftet aus Vertrag auf Schadensersatz, wenn er schuldhaft unwahre Angaben macht über den zu verkaufenden Gegenstand[135]), ebenso wenn er den gewünschten Vertrag mit einem anderen schon geschlossen hat und dem Mäkler dies nicht mitgeteilt hat[136]). Aus Vertrag haftet er, weil ihn schon ein schuldrechtliches Band mit dem Mäkler verknüpft. Letzterer ist nicht auf die Tatbestände der unerlaubten Handlung beschränkt.

Unter Umständen kann den Auftraggeber noch eine Pflicht treffen, die Ersatzpflicht von Aufwendungen. Diese bis Erlaß des BGB. bestrittene Frage[137]) ist durch den § 652, 2 entschieden worden. Ob der Vertrag zustande kommt oder nicht, die Auslagen des Mäklers sind nur zu ersetzen, wenn es besonders vereinbart ist. Diese Vereinbarung kann zweierlei bedeuten: Auslagen sollen ersetzt werden, wenn der Vertrag zustande kommt, also neben dem Mäklerlohn. Anderseits können nach dem Willen der Parteien die Auslagen auch in dem Fall ersetzt werden, wo der Vertragsschluß nicht erfolgt ist, also unabhängig von dem Lohnanspruch. Welche von diesen beiden Möglichkeiten gewollt ist, ist jedesmal zu untersuchen[138]). Dasselbe gilt für außergewöhnliche Auslagen; sie sind nur zu ersetzen, wenn es vereinbart ist[139]). Nur wenn die Aufwendungen außerhalb der Mäklertätigkeit, nur bei Gelegenheit gemacht sind, können auch die Vorschriften der auftragslosen Geschäftsführung oder der ungerechtfertigten Bereicherung angewendet werden; innerhalb des Mäklervertrages ist kein Raum für

133) Jacusiel S. 110.
134) Staudinger § 652,II,2.
135) Planck Vorbem. § 652,IV,3,*b*.
136) Jacusiel S. 149.
137) Doerr S. 641.
138) O.L.G Bd. 14, S. 30.
139) A. M. Riesenfeld Bd. 37, S. 576.

ihre Anwendung[140]). Zusammengefaßt ergibt sich folgendes Bild: Der Mäkler ist zur Tätigkeit nicht verpflichtet; bei dem Auftraggeber hängt es von dessen Willen ab, ob er sich zur Lohnzahlung verpflichten will. Auf beiden Seiten entstehen aber sofort mit Abschluß des Mäklervertrages gewisse Treupflichten, deren Verletzung eine vertragliche Haftung hervorruft[141]).

§ 10.

3. Der Mäklervertrag ist ein besonderer Vertragstypus des BGB.

I. In den §§ 652—656 BGB. wird fast ausschließlich nur von der Lohnfrage gehandelt. Andere Grundsätze über den Mäklervertrag sind ausdrücklich nicht gegeben. Welche Regeln sollen aber nun bei Tod einer Partei, Widerruf oder Kündigung u. a. Platz greifen? Sollen die Vorschriften anderer Verträge unmittelbar angewendet werden, oder ist der Mäklervertrag ein eigenartiger Vertrag, so daß infolge mangelnder Gesetzesvorschriften diese Fälle aus seinem Wesen heraus entwickelt und entschieden werden müssen?

Im früheren Recht ist wie oben dargelegt der Mäklervertrag immer als eigener Vertrag zu behandeln gewesen. Das muß noch heute gelten, wenn nicht das Gesetz hier eine Aenderung hat eintreten lassen. Die Motive[142]) wollten nur den jetzigen § 652 BGB. aufgenommen haben. Für alle anderen Fragen sollten „je nach Verschiedenheit der Fälle die allgemeinen Grundsätze über Verträge bzw. die für den Dienstvertrag, Werkvertrag oder das Mandat geltenden Rechtsnormen ausreichen." Auf den ersten Blick scheint es so, als wollten die Motive einen eigenen Mäklervertrag gar nicht anerkennen, sondern ihn immer den genannten Verträgen unterstellen. Mit Riesenfeld[143]) ist die Aeußerung aber nur dahin zu verstehen, daß die Rechtssätze jener Kontrakte in gewissen Fällen Aehnlichkeiten haben mit den für den Mäklervertrag geltenden Normen. Auch bei anderer Ansicht über diese Worte der Motive kommen wir doch zu demselben Ergebnis. Das Gesetz enthält nicht nur den § 652, sondern einen besonderen Abschnitt mit fünf Paragraphen,

140) Staub Vorbem. § 93, Anm. 15; Düringer-Hachenburg § 99,IV.
141) Aehnlich Riesenfeld Bd. 37,272.
142) Motive S. 510.
143) Riesenfeld Bd. 37,838.

gleichgeordnet den anderen Verträgen. Durch argumentum e contrario folgt der Schluß, daß hier ein besonderer Vertrag vorliegt[144]).

Wie im Vorhergehenden nachzuweisen versucht ist, liegt auf Seiten des Mäklers keine Tätigkeitspflicht vor. Ist deshalb kein gegenseitiger Vertrag gegeben, so entfällt ohne weitere Untersuchungen eine Unterstellung des Mäklervertrages unter den Dienstvertrag oder den Werkvertrag. Ist zwar der Auftrag auch kein gegenseitiger Vertrag, so ist doch der Beauftragte der Verpflichtete, nicht der Auftraggeber. Umgekehrt liegt die Verpflichtung bei dem Mäklervertrag; hier ist der Auftraggeber der (wenn auch bedingt) Verpflichtete, nicht der Mäkler. Eine Einordnung des regelmäßigen Mäklervertrages in einen der von den Motiven bezeichneten Verträge ist ausgeschlossen.

Wenn der Makler nun aber ein Tätigwerden verspricht, liegt dann ein Dienst- oder Werkvertrag vor, oder bleibt es ein Mäklervertrag, oder treffen mehrere Vertragstypen zu? Vom Auftrag unterscheidet sich ein solcher Vertrag durch die Entgeltlichkeit; näher kommt er schon dem Dienstvertrag. Hier sind zwei verschiedene Fälle zu trennen, die durch die Parteivereinbarung, wofür der Lohn bezahlt werden soll, entstehen. Wird der Mäkler zur Tätigkeit verpflichtet, und soll er den Lohn erhalten unabhängig vom Abschluß des Vertrages, so liegt kein Mäklervertrag, sondern ein reiner Dienstvertrag vor[145]). Die Eigentümlichkeit des Mäklervertrages, daß der Lohnanspruch durch den Erfolg bedingt ist, verschwindet hier. Wird der Lohn aber abhängig gemacht von dem Abschluß des Vertrages, so liegen die Merkmale des Mäklervertrages vor. Aber dessen Vorschriften reichen nicht aus. Bei dem regelmäßigen Mäklervertrag braucht der Mäkler nicht tätig zu werden, hier dagegen muß er es. Wonach bestimmt sich dann eine evtl. Kündigung? Die Vorschriften des Dienstvertrages sind anzuwenden, da nunmehr auch ein solcher vorliegt. Daß der Lohn nur bei Erreichung des gewünschten Erfolges zu zahlen ist, steht dem Wesen des Dienstvertrages nicht entgegen (Beispiel bei Enneccerus § 377, Anm. 3). Da ein solcher Vertrag sowohl unter den Mäklervertrag wie auch unter den Dienstvertrag fällt, sind die Vorschriften beider Vertragsarten anzuwenden; es liegt eine Unterart des Dienstvertrages,

144) S. auch Riesenfeld Bd. 37,289.
145) Staudinger § 652,I,2,*b*; Warneyer § 652,I.

ein Mäklerdienstvertrag vor[146]). A. M. sind Riesenfeld[147]) und Riezler[148]), die einen reinen Dienst- oder Werkvertrag annehmen.

Uebernimmt der Mäkler nur die Pflicht tätig zu werden, so liegt ein Vergleich mit dem Werkvertrag ziemlich entfernt. Erst wenn er nicht nur eine Tätigkeit, sondern auch einen gewissen Erfolg, ein Werk verspricht, ist er berechtigt. Was für einen Erfolg kann der Mäkler aber versprechen? Den Vertragsschluß niemals, da dieser außerhalb seines Machtkreises liegt. Er kann höchstens einstehen für das Ergebnis seiner Tätigkeit, die Nachweisung eines geeigneten Gegners, die Vermittlung eines günstigen Vertrages. Verspricht der Mäkler dieses Werk, so haben wir wieder zwei verschiedene Fälle. Ist der Lohnanspruch unabhängig von dem Vertragsschluß, so liegt ein reiner Werkvertrag vor, ist er aber abhängig gemacht, so liegt sowohl ein Werkvertrag, wie auch ein Mäklervertrag vor, eine Unterart des Werkvertrages. Auf diesen sogenannten Mäklerwerkvertrag finden die Vorschriften beider Vertragsarten Anwendung, dieselbe Folge wie bei dem Mäklerdienstvertrag[149]). Ein reiner Werkvertrag würde aber auch dann gegeben sein, wenn der „Mäkler" nicht nur die Nachweisung oder Vermittlung, sondern auch die Pflicht des Vertragsabschlusses mit übernommen hat.

Warum verteidigen wir überhaupt die Annahme eines Mäklerdienstvertrages und Mäklerwerkvertrages und unterstellen derartige Fälle nicht einfach dem Dienst- oder Werkvertrag? Es gibt zwei Besonderheiten bei dem Mäklervertrag, die die anderen Verträge nicht haben. § 655 gewährt die Möglichkeit, den Mälkerlohn herabzusetzen, wenn ein Dienstvertrag nachgewiesen oder vermittelt werden sollte. § 656 BGB. drückt den Ehemäklervertrag zu einer Naturalobligation herab.

II. Die sonstigen Wirkungen und Folgen aus dem Mäklervertrag sind daher aus seinem Wesen zu gewinnen. Wenn für den gegenseitigen Mäklervertrag die Vorschriften über den Dienst- bzw. Werkvertrag Anwendung finden, so

146) Enneccerus § 377,I; Warneyer § 652,I; Staub Vorbem. § 92, Anm. 1; Planck Vorbem. § 652,IV; Staudinger Vorbem. § 652, Anm. 2; Doerr S. 620 ff.; R.G. in Jur. Woch. 1915, 152.

147) Riesenfeld Bd. 37,847.

148) Riezler S. 91.

149) Enneccerus § 377, Anm. 5.

bleibt für den reinen Mäklervertrag eine Lücke im Gesetz. Die wichtigsten Rechte und Pflichten beider Parteien, wie Nichtverpflichtung des Mäklers zur Tätigkeit, evtl. Schadensersatzverpflichtungen aus Vertrag für beide Teile sind schon entschieden worden unabhängig von der Frage, ob ein eigener Vertragstypus vorliegt.

Kann der Mäklervertrag durch Kündigung oder Widerruf beendigt werden? Hierbei ist es wunderlich, mit welcher Buntheit diese beiden Ausdrücke durcheinander geworfen werden. Es fällt schließlich auf, daß die meisten Schriftsteller dem Auftraggeber ein Widerrufsrecht, dem Mäkler ein Kündigungrecht geben. Man stößt dann zufällig auf den § 671 BGB., wo dieselbe Terminologie gebraucht ist und findet in den Motiven zu dieser Vorschrift[150]), daß kein sachlicher Unterschied gewollt ist; „Im Hinblick auf die in Wissenschaft und Gesetzgebung hergebrachte Ausdrucksweise" heißt es für den Auftraggeber Widerruf, für den Beauftragten Kündigung. Diese Terminologie dürfte auf den Mäklervertrag anzuwenden sein.

Da der Mäkler nicht zur Tätigkeit verpflichtet ist, ist ihm ein jederzeitiges Kündigungsrecht gegeben[151]). Dies Kündigungsrecht ist m. E. vollkommen überflüssig, da er ja nicht tätig zu werden braucht, oder seine Tätigkeit jederzeit einstellen kann, wodurch derselbe Erfolg erreicht wird, wie durch eine Kündigung[152]). Dem Auftraggeber ist ein jederzeitiges Kündigungrecht zu gewähren[153]) als im Wesen des Mäklervertrages begründet. Dieses Widerrufsrecht des Auftraggebers ist aber nicht so überflüssig, wie das Kündigungsrecht des Mäklers. Wenn der Mäkler tätig wird, trotzdem es der Auftraggeber nicht mehr will, dann darf letzterer den Vertrag, zu dem der Mäkler wider seinen Willen mitgeholfen hat, nicht mehr schließen, andernfalls er den Lohn zu zahlen hätte. Hat er aber widerrufen, dann ist der Vertrag beendet, eine Lohnzahlungspflicht besteht nicht, da die Leistung nicht mehr übertragen war.

Beim Tode des Mäklers erlischt im Zweifel der Mäkler-

---

150) Motive S. 544.

151) Staudinger Vorbem. § 652,4,*a*; Oertmann Vorbem. § 652,5; Warneyer § 652,V; Enneccerus § 378,III.

152) Aehnlich Planck Vorbem. § 652,IV,5; Doerr S. 642.

153) Sämtliche Schriftsteller.

vertrag[154]), da er auf dem persönlichen Vertrauen des einzelnen beruht. Er erlischt nicht, wenn der Auftrag einer Mäklerfirma gegeben war[155]). Durch den Tod des Auftraggebers wird an dem Mäklervertrag nichts geändert. Wenn der „Auftrag" nicht höchstpersönlicher Natur des Auftraggebers war, treten die Erben in die bedingte Lohnzahlungspflicht ein. Hierbei ist aber zu beachten, daß es Aufgabe des Mäklers ist, den Erben die Kenntnis von seiner Tätigkeit beizubringen, da diese von dem Mäklervertrag gar nichts wissen, diese Kenntnis aber Voraussetzung für den Lohnanspruch ist.

§ 11.

B) Rechtliche Natur des Handelsmäklervertrages.

1. Anwendung der Vorschriften des Zivilmäklervertrages.

Bisher hat sich die Untersuchung über die rechtliche Natur des Mäklervertrages beschränkt auf den in den §§ 652 bis 656 BGB. geregelten Vertrag. Dies wird gerechtfertigt durch folgende Feststellung: Der Handelsmäkler ist nur eine Unterart des bürgerlichrechtlichen Mäklers. Letzterer ist der Oberbegriff für alle Mäkler, wenn diese auch einigen Sonderregeln unterworfen sind.

Schon zur Zeit des alten HGB. trifft diese Ansicht zu, trotzdem es für das bürgerliche Recht mit einer gesetzlichen Regelung schlecht bestellt war. „Es erhellt, daß das Recht der Handelsmäkler im Sinne des HGB. schon nach Absicht des Gesetzgebers notwendigerweise der Ergänzung aus dem bürgerlichen Recht unterworfen ist[156])." Derselbe Standpunkt ist auch für das heutige Recht festzuhalten, nochzu wo wir durch das BGB. eine reichsrechtliche Regelung des Mäklervertrages erhalten haben.

Schon aus dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens dürfte dies zu folgern sein. „Mäkler" ist der Oberbegriff für „Handelsmäkler". Man denke z. B. an das Wort „Händler" als Sammelname für die einzelnen speziellen Händler, wie Pferdehändler, Viehhändler, Gemüsehändler usw.

Dasselbe ist zu schließen aus einem Vergleich des HGB. mit dem BGB. Letzteres läßt seine Vorschriften gelten

154) Staudinger Vorbem. § 652,IV u. a. m.
155) Enneccerus § 378,III.
156) Riesenfeld Bd. 37,815.

schlechthin für alle Mäkler, ersteres schließt sich durch § 93, 2 aus, wenn es sich um die Vermittlung anderer als der bezeichneten Geschäfte handelt und verweist hierdurch auf den Normalfall, den Mäklervertrag des BGB. Hierzu ist auch heranzuziehen der Art. 2 EG. zum HGB.: „In Handelssachen kommen die Vorschriften des BGB. nur insoweit zur Anwendung, als nicht im Handelsgesetzbuch ein anderes bestimmt ist."

Der schwerwiegende Beweis ergibt sich aus der Unvollständigkeit der gesetzlichen Regelung im HGB. Es sind Vorschriften gegeben, wann ein Mäkler Handelsmäkler ist (§ 93), über Schlußnoten und Proben (§§ 94—96), wem der Handelsmäkler haftet (§ 98), von wem er den Lohn zu fordern hat (§ 99), über Pflichten zur Führung eines Tagebuches (§§ 100—104). Wird nun die Frage aufgeworfen, sind Mäkler und Auftraggeber zum Widerruf bzw. Kündigung berechtigt, wann ist der Lohn zu zahlen abhängig oder unabhängig von dem Vertragsschluß, so zeigt es sich, daß das HGB. hierzu gar keine Stellung genommen hat. Es fehlt doch mindestens die Regelung, wann der Lohn zu zahlen ist, also eine Vorschrift des § 652 BGB.

Aus allen diesen Erwägungen ergibt sich, daß die grundlegenden Bestimmungen über den Mäklervertrag im BGB. zu suchen sind, diese aber spezifiziert werden können durch Spezialgesetze. Ein solches ist das HGB., so daß die Handelsmäkler grundsätzlich den §§ 652 ff. BGB. unterstellt sind, soweit nicht in den §§ 93—104 HGB. etwas anderes bestimmt ist[157]).

Hierbei ist eine Unstimmigkeit zwischen zwei juristischen Größen interessant. In der RG.-Entscheidung, Bd. 101 S. 209 (1921) heißt es bezüglich der Frage des Widerrufes bei dem Handelsmäklervertrag: „Jedenfalls darf, soweit es sich um dort nicht geregelte Verpflichtungen des Geschäftsherrn gegenüber dem Mäkler handelt, angenommen werden, daß die Ausfüllung der Lücke auf Grund der Bestimmungen über den Mäklervertrag des BGB. zu erfolgen hat." Der Kommentar der Reichsgerichtsräte, der zusammengestellt ist unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des

157) Enneccerus § 378; Staub Einl. § 93; Oertmann Vorbem. § 652,2; Düringer-Hachenburg Vorbem. § 93, V; Warneyer § 652, I; Cosack § 53. Abweichend Brandt § 93 *A*, 3, *a*, der eine Unterart des Dienstvertrages annimmt.

Reichsgerichts, enthält in der Auflage von 1923, also zwei Jahre nach der obigen Entscheidung folgenden Satz[158]: „Die Vorschriften über den Mäklervertrag erstrecken sich nicht ... auf die im HGB. behandelten Verhältnisse der Handelsmäkler, der nichtständigen Vermittler von Verträgen über Anschaffung und Veräußerung von Waren usw." Dieser Kommentar stellt also eine andere Ansicht auf, daß nämlich die Vorschriften des BGB. nicht auf den Handelsmäkler anzuwenden sind. Wo bleibt da aber der § 652, 1, 1 BGB., der doch auf jeden Mäklervertrag Anwendung finden muß, da er dessen besonderstes Merkmal ist? Oder sollte in der zitierten Stelle der Ton auf „geregelten Verhätnisses" gelegt sein und damit die einzelnen Vorschriften des HGB. gemeint sein, so daß der Sinn wäre: Die einzelnen Vorschriften des BGB. finden keine Anwendung, wenn sie einzelnen Bestimmungen des HGB. widersprechen? Das dürfte aber mindestens eine kühne Ausdrucksweise sein.

2. Besonderheiten der rechtlichen Stellung des Handelsmäklers.

Ist der Zivilmäklervertrag ein eigener Vertrag, so ist auch der Handelsmäklervertrag nicht dem Dienst-[159]) oder Werkvertrag des BGB. zu unterstellen, da sich aus dem HGB. eine abweichende Regelung nicht ergibt.

Der Mäkler des BGB. ist wie dargelegt nicht zur Tätigkeit verpflichtet, ebensowenig ist es der Handelsmäkler. Die besonderen Vorschriften des HGB. ergeben in dieser Hinsicht keine Aenderung in der Stellung des letzteren. Abweichend nehmen Goldmann[160]), Brandt[161]) und Crome[162]) gerade für den Handelsmäkler eine Tätigkeitspflicht an. Diese wird gefolgert erstens aus dem Wort „übernimmt" in dem § 93 HGB. Dieselbe Argumentation hatten wir oben S. 21, wo für den Zivilmäkler aus dem Wort „übertragene Leistung" eine Tätigkeitspflicht hergeleitet werden sollte. Auch der Ausdruck „übernehmen" bedeutet nicht, daß eine Pflicht übernommen sein muß. Es können auch Rechte übernommen werden, z. B. § 419 BGB. (Uebernahme des Vermögens).

158) R.G.R. Komm. § 652, Anm. 2.
159) Wie Brandt § 93 *A*,3,*a*.
160) Goldmann S. 456.
161) Brandt S. 293.
162) Crome S. 416, Anm. 17.

Als weiteren Stützpunkt für eine angebliche Tätigkeitspflicht des Mäklers hat man den § 94 HGB. (Schlußnotenzwang) herangezogen. Hiergegen ist einzuwenden, daß sowohl der Ortsgebrauch, wie der Erlaß durch beide Parteien den Mäkler von dieser gesetzlichen Pflicht befreien können; vor allen Dingen ist nach § 104 HGB. der Krämermäkler von diesem Schlußnotenzwang befreit. Bei diesem müßte also die Tätigkeitspflicht geleugnet werden, während sie bei den anderen Handelsmäklern bejaht werden müßte. Dieser Unterschied kann wohl kaum gemacht werden. Außerdem ist die Pflicht zur Ausstellung dieser Schlußnoten erst nach Abschluß des Geschäftes gegeben, kann daher nichts beweisen für die Frage, ob vorher schon eine Pflicht bestanden hat.

Auch mit der Selbsteintrittspflicht des Handelsmäklers ist eine Tätigkeitspflicht nicht zu begründen. Dieses Institut, das schon in der Hamburger Mäklerordnung von 1824 vorkommt [163]), ist auch in das HGB. § 95 übernommen worden. Bei seinem Auftrag kann der Mäkler sich die Bezeichnung der Gegenpartei vorbehalten durch Ausstellung einer Schlußnote „an Aufgabe, mit Vorbehalt". Nimmt der Auftraggeber eine solche an, so ist er gebunden an das Geschäft unter den in § 95 bezeichneten Voraussetzungen. Die Verpflichtung des Mäklers tritt aber erst ein, wenn er die Gegenpartei nicht bezeichnet oder dieser gegenüber begründete Einwendungen entgegenstehen und der Auftraggeber unverzüglich erklärt, daß er den Mäkler auf Erfüllung belange. Zum Beweis seiner Tätigkeitspflicht des Mäklers kann diese Erfüllungspflicht aber nicht dienen, der Mäkler brauchte eine solche Schlußnote nicht auszustellen, er konnte seinem Auftraggeber auch mitteilen, daß er keinen geeigneten Gegner gefunden habe. Ebenso konnte der Auftraggeber auch diese Schlußnote unter Vorbehalt der Aufgabe des Gegners ablehnen [164]).

Mit dem ursprünglichen Mäklervertrag haben aber diese besonderen Verpflichtungen nichts mehr zu tun, da sie erst begründet werden während des Schuldverhältnisses durch besondere Verpflichtungsakte der Parteien. Aus allen diesen Gegenbeweisen ergibt sich, daß der Handelsmäkler ebensowenig wie der Zivilmäkler zur Tätigkeit verpflichtet ist.

Der Mäkler des BGB. tritt regelmäßig nur zu seinem Auftraggeber in ein Vertragsverhältnis. Dieser hat ihm die

---

163) R.G. Bd. 24,66.
164) Staub § 95, Anm. 1.

„Leistung übertragen" und hat ihm den Lohn zu zahlen. Tritt der Mäkler bei der Vermittlung in Verhandlungen mit dem Gegner und überträgt dieser ihm seinerseits denselben Auftrag, nur im entgegengesetzten Sinn, so entsteht ein Vertragsverhältnis auch zu dieser Partei, da ja zwei besondere Mäklerverträge mit den beiden Parteien abgeschlossen sind. Da auch ein Mäklervertrag stillschweigend eingegangen werden kann, so ist aber nicht jedes Gefallenlassen der Mäklertätigkeit als eine besondere Uebertragung einer Vermittlung durch den Gegner anzusehen, sondern zum stillschweigenden Abschluß ist immer erforderlich der Wille des Gegners, sich zu verpflichten. Hier entsteht die doppelte Vertragsstellung durch besonderen Abschluß eines zweiten Mäklervertrages, ohne diesen zweiten Mäklervertrag tritt der Zivilmäkler nicht in ein Vertragsverhältnis mit dem Gegner.

Eine doppelte Vertragsstellung des Mäklers nahm vor Erlaß des BGB. Riesenfeld[165]) an, der es als ein allgemeines, mit dem Wesen der Vermittlung durchaus zusammenhängendes Prinzip ansah. Der Vermittler sei ein Helfer beider Parteien, habe eine objektive Stellung zu beiden inne, und deswegen trete er auch zu dem Auftraggeber und dem Gegner in ein Vertragsverhältnis. Es wäre daher zu untersuchen, ob eine objektive Vermittlerrolle des Mäklers vorliegt und ob hieraus die Konsequenz gezogen werden muß, daß ein Vertragsverhältnis zu beiden Parteien hierdurch begründet werden muß.

Zu der ersten Frage soll hier nicht auf die Stellung des bisherigen Rechts, der Motive bei der Entstehung des § 654 BGB. eingegangen werden. Das Gesetz hat durch diesen § 654 bewiesen, daß eine gesetzliche Feststellung dahin, daß der Mäkler immer zu beiden Parteien dieselbe objektive Vermittlerrolle habe, oder daß er immer nur das Interesse seines Auftraggebers zu wahren habe, unmöglich gegeben werden könne durch die Worte „dem Inhalt des Vertrages zuwider". Aus jedem Mäklervertrag heraus ist es zu beurteilen, ob einseitige Interessenvertretung oder objektive Vermittlung gewollt ist[166]). „Weder für das eine noch das andere besteht eine gesetzliche Vermutung, es ist lediglich nach den Umständen des einzelnen Falles zu entscheiden."

Ist der Mäkler zu einseitiger Interessenvertretung verpflichtet, so liegt es fern, ihn auch zu der Gegenpartei in

165) Riesenfeld Bd. 37, S. 54 und 273.

166) Planck § 654, Anm. 2; Staub Vorbem. § 93, Anm. 35; Dernburg § 339, III.

ein Vertragsverhältnis treten zu lassen. Näher liegt diese Annahme für den objektiv tätigen Mäkler, der beiden Parteien gleiche Hilfe zum Vertragsschluß leistet. Diese Folgerung findet sich bei Düringer-Hachenburg § 98, I. Mit Recht lehnt aber die herrschende Ansicht dies ab [167]). Ich möchte es so begründen: „Die §§ 98, 99 HGB., die die doppelte Vertragsstellung des Handelsmäklers gesetzlich bestimmen, können für den Zivilmäkler nicht analog angewendet werden, da sie Sondervorschriften für den ersteren sind. Sie sind daher nicht anwendbar für den Allgemeinfall, sondern das Gegenteil muß für den Zivilmäkler angenommen werden."

Wie kommt außerdem ein fremder Dritter zu einer vertraglichen Stellung? Doch regelmäßig nur durch Abschluß eines Vertrages; soll ohne einen Vertragsschluß eine Vertragsstellung erreicht werden, so muß es durch positive Gesetzesvorschriften bestimmt werden.

Ferner ist im Regelfall der Handelsmäkler berechtigt, von jeder Partei die Hälfte des Lohnes zu fordern § 99 HGB.; dann ist es auch gerecht, ihn beiden Parteien haften zu lassen. Der Zivilmäkler dagegen erhält seinen Lohn nur von dem, der ihm ausdrücklich oder stillschweigend die Leistung übertragen hat §§ 652, 653 BGB.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, daß der Zivilmäkler nur zu seinem Auftraggeber in ein vertragliches Verhältnis tritt, dem Gegenkontrahenten aber als Dritter gegenübersteht, diesem nur aus unerlaubter Handlung haftet. Etwas verfehlt dürfte sich m. E. Staub [168]) ausgedrückt haben: „Aber wenn auch er zu der anderen Partei in keinem vertraglichen Verhältnis steht, so tritt er doch zu ihr in nahen geschäftlichen Verkehr und hat daher die allgemeine Pflicht der Redlichkeit, deren Verletzung ihn auch dieser Partei gegenüber ersatzpflichtig macht, wenngleich aus einem anderen Rechtsgrunde, nämlich auf Grund der Vorschriften über außervertragliche Rechtsverletzungen der unerlaubten Handlungen." Muß man denn zu jemand in nahe geschäftliche Beziehungen treten, um ihm aus unerlaubter Handlung haften zu können?

Anders ist die rechtliche Stellung des Handelsmäklers. Nach § 98 HGB. haftet er beiden Parteien für den durch

167) Staub Vorbem. § 93, Anm. 43; Staudinger § 652,III; Warneyer § 652,II; R.G.R. Komm. zu § 653; R.G. in Jur. Woch. 1917,101.

168) Staub Vorbem. § 93, Anm. 43.

sein Verschulden entstehenden Schaden. Der § 99 HGB. gibt ihm im Zweifel einen Lohnanspruch gegen jede Partei je zur Hälfte. Diese Vorschriften sind aus dem alten HGB. übernommen worden. Ausdrücklich galten sie nur für die amtlich bestellten Handelsmäkler, für die diese doppelte Vertragsstellung durchaus passend war, da sie wegen „ihrer rein mechanischen, registrierenden Tätigkeit" als über den Parteien stehend gedacht waren [169]). In der Denkschrift zum Entwurf eines HGB. S. 253 heißt es: „Im Handelsverkehr gilt der Mäkler in der Regel als Vermittler für beide Parteien, er leistet beiden seine Dienste, und es ist meist vom Zufall abhängig, welche der Parteien sich zuerst an ihn gewendet hat." Aus diesen Erwägungen heraus hat man den Handelsmäkler zu beiden Kontrahenten in ein Vertragsverhältnis treten lassen. Der Handelsmäkler haftet auch dem Gegner aus Vertrag. Diese Haftung wird aber erst in dem Zeitpunkt begründet, wenn jener zu dem Gegner in rechtliche Beziehungen getreten ist, wenn die Gegenpartei die Vermittlungstätigkeit angenommen hat; vorher ist noch keine vertragliche Beziehung entstanden [170]).

Dieser Vertragspflicht auch gegenüber dem Gegner ist aber nur der Regelfall des Handelsmäklervertrages. Soll der Handelsmäkler ausschließlich im Interesse seines Auftraggebers tätig werden, so entfällt seine Haftung gegenüber dem Gegner [171]). Ein Beispiel finden wir bei Staub § 98 Anm. 1 für einen Fall, wo der Mäkler nicht zur Gegenpartei in ein Vertragsverhältnis tritt, wenn nämlich der Gegenkontrahent sich seinerseits einen Mäkler bestellt hat, um durch diesen seine eigenen Interessen vertreten zu lassen. M. E. muß gerade dieses Beispiel verallgemeinert werden, um zu dem richtigen Ergebnis zu kommen. Soll jedesmal die Vertragshaftung gegenüber dem Gegner entfallen, wenn der Auftraggeber und der Mäkler vielleicht insgeheim abgemacht haben, daß letzterer nur die Interessen des ersteren vertreten solle? Das wäre ein sehr wenig gerechtes Ergebnis für den Gegenkontrahenten. Die Vertragshaftung gegenüber diesem möchte ich nur dann entfallen lassen, wenn er für seine eigene Interessenvertretung Sorge getragen hat und sich

169) Staub „Kritische Betrachtungen zum Entwurf eines HGB." in den Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentages S. 252.

170) Staub § 98, Anm. 1; Düringer-Hachenburg § 98, Anm. 1.

171) Staub § 98,1 (mit Entscheidungen).

daher des anderen Mäklers nicht bedient, oder wenn er gewußt hat, daß jener Mäkler ausschließlich zum Vorteil seines Auftraggebers die Vermittlung betreibt.

Im Zweifel kann der Handelsmäkler von dem Gegner die Hälfte des Lohnes verlangen. Hiermit ist auf die Verkehrssitte, die bei Grundstücksverkäufen den Verkäufer die ganze Provision zahlen läßt[172]), und auf eine abweichende Vereinbarung des Mäklers mit den Parteien Rücksicht genommen worden. Durch diese vom Regelfall abweichende Lohnzahlungspflicht nur der einen Partei wird aber die kontraktliche Haftung auch zu der Gegenpartei nicht berührt, es sei denn, daß hierin auch eine Vereinbarung zu einseitiger Interessenvertretung liegt[173]). Umgekehrt ist das Ergebnis, wenn die vertragliche Haftung zu dem Gegner ausgeschlossen war. Hier entfällt dann auch mit der Vertragshaftung der Lohnanspruch gegen den Gegenkontrahenten.

Das Ergebnis der Untersuchung des Handelsmäklervertrages ist dahin festzustellen: Seine rechtliche Natur ist dieselbe wie die des Zivilmäklervertrages. Der Handelsmäkler ist zur Tätigkeit nicht verpflichtet, jedoch liegt ihm die Pflicht der Verschwiegenheit, Sorgfalt und Treue ob. Abweichend vom Zivilmäklervertrag bestehen aber diese letzteren Pflichten für den Handelsmäkler nicht nur gegenüber dem Auftraggeber, sondern im Normalfall kraft gesetzlicher Bestimmung auch gegenüber dem Gegenkontrahenten, der dann die Hälfte des Lohnes zu zahlen hat.

---

172) Jacusiel S. 43.
173) Staub § 98,2; Düringer-Hachenburg § 98,V.